

**KRITISCHE BETRACHTUNGEN
ZUM RECHT AM "EINGERICHTETEN UND
AUSGEÜBTEN GEWERBEBETRIEB"
UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG
DER HÖCHSTRICHTERLICHEN RECHTSPRECHUNG**

INAUGURAL -DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

des

Fachbereichs Rechtswissenschaften

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Klaus Ringel

Rechtsanwalt aus Gießen

Marburg

1973

**KRITISCHE BETRACHTUNGEN
ZUM RECHT AM "EINGERICHTETEN UND
AUSGEÜBTEN GEWERBEBETRIEB"
UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG
DER HÖCHSTRICHTERLICHEN RECHTSPRECHUNG**

INAUGURAL -DISSERTATION
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des
Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Klaus Ringel
Rechtsanwalt aus Gießen

Marburg
1973



Als Dissertation von dem Fachbereich
Rechtswissenschaften

angenommen am 31. 1. 1973

Berichterstatter: Professor Dr. Reinhardt

Mitberichterstatter: Professor Dr. Wolf

Tag der mündlichen Prüfung: 5. Februar 1973

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	VIII
Schrifttumsverzeichnis	XIII
Kommentare und Gesetzesmaterialien	XIII
Lehrbücher und Monographien	XVII
Aufsätze	XXIV
I. Teil	
Das Problem	1
I. Das Problem in seiner bisherigen Behandlung in Rechtsprechung und Schrifttum	1
A) In der Rechtsprechung	1
B) Das Problem im Schrifttum	8
1) Übersicht	8
2) Gegenstimmen	9
3) Rechtfertigungsversuche	15
C) Zusammenfassung	25
II. Kritik an Rechtsprechung und Schrifttum	26
A) Kritische Betrachtung der Rechtsprechung	26
B) Kritische Betrachtung des Schrifttums	31
C) Zusammenfassung	42
III. Methode der eigenen Untersuchung	45

	Seite
II. Teil	
Untersuchung der Möglichkeit der Annahme eines Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb im geltenden Recht	47
I. Der Grundtatbestand des § 823 Abs. 1 BGB	47
A) Das "sonstige Recht" in der Sicht von Literatur und Rechtsprechung	47
B) Eigene Ansicht über das Verständnis des Begriffs "sonstiges Recht" in § 823 Abs. 1 BGB	57
1. Die Funktion des Begriffs "sonstiges Recht" im Recht der unerlaubten Handlungen anhand der Materialien zum BGB	57
2. Versuch der Klärung der Funktion des Begriffs "sonstiges Recht" mit Hilfe des Begriffs des Eigentums	61
a) Der Begriff des Eigentums in § 903 BGB	62
aa) Die Sachbefugnis	62
bb) Die personelle Ausschlußbefugnis	64
cc) Die Abwehransprüche	65
aaa) Beeinträchtigung des Besitzes	66
bbb) Beeinträchtigung von Nachbargrundstücken	66
ccc) Beeinträchtigung im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB	67
ddd) Beeinträchtigung der Verfügungsbefugnis	71
dd) Zusammenfassung: Die charakteristischen Merkmale des Eigentums	77
b) Folgerungen bezüglich der Voraussetzungen des "sonstigen Rechts"	79

	Seite
c) Nachweis der Merkmale des "sonstigen Rechts" bei einzelnen Rechten und Rechtsgütern	81
aa) Beschränkt dingliche Rechte	81
bb) Rechte des gewerblichen Rechtsschutzes	82
cc) Die Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB	83
dd) Leben, Körper, Gesundheit	83
ee) Freiheit	84
ff) Relative Rechte	88
3. Ergebnis	98
II. Das Verhältnis von § 823 Abs. 2 zu § 823 Abs. 1 BGB	101
III. Untersuchung der Frage, ob sich in unserer Rechtsordnung Normen finden lassen, die ein "sonstiges Recht" am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb begründen	111
A) Vorschriften über den Gewerbebetrieb	111
B) § 1 Abs. 1 Gewerbeordnung	112
C) Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz	117
D) Ergebnis	119
III. Teil Untersuchung der Anwendbarkeit der Grundtatbestände der §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2 und 826 BGB auf die Sachverhalte, die Gegenstand der Rechtsprechung zum sog. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb waren.	120

	Seite
I. Vorbemerkung	120
II. Die Sachverhalte der Rechtsprechung (Übersicht)	121
III. Beeinträchtigung von Rechten zum Besitz	123
IV. Beeinträchtigung von Konzessionsrechten	127
V. Beeinträchtigung des Anliegergemeinge- brauchs	132
VI. Beeinträchtigung von Warenzeichen mit über- ragender Verkehrsgeltung (Warenzeichen- verwässerung)	141
VII. Beeinträchtigung der unternehmerischen Dispositionsbefugnis	144
VIII. Beeinträchtigung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen	149
IX. Beeinträchtigung von Preisbindungssystemen	159
X. Beeinträchtigung der Marktbeziehungen	164
A) Einleitung	164
B) Marktbeeinträchtigende Verhaltensweisen in der Rechtsprechung	165
1) Anwendung von Gewalt	166
2) Behauptungen geschäftsschädigender unwahrer Tatsachen	167
3) Behauptungen geschäftsschädigender wahrer Tatsachen	169
4) Äußerungen geschäftsschädigender herabset- zender Werturteile	174
Anhang: Der Warentest	180

	Seite
5) Boykott- und Streikaufrorderungen	182
a) Der Arbeitskampf der Arbeitnehmer	182
b) Der Boykott innerhalb und außerhalb des Wettbewerbs	193
XI. Rechtsberühmungen	201
1) Historischer Überblick	201
2) Untersuchung der Anwendungsmöglichkeiten der §§ 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB und anderer Vorschriften	204
a) Rechtsberühmungen gegenüber Dritten	204
b) Rechtsberühmungen gegenüber demjenigen, der die Rechtsverletzung begangen haben soll	208
XII. Zusammenfassung	212
Ergebnis	215

Abkürzungsverzeichnis

Bücher und Aufsätze, die mit ihrem Verfassernamen zitiert werden, sind mit ihrem vollen Titel im Schrifttumsverzeichnis aufgeführt.

AcP:	Archiv für civilistische Praxis (Band und Seite)
AP:	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (bis 1954: Arbeitsrechtliche Praxis, Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
ArbGG:	Arbeitsgerichtsgesetz v. 3.9.1953 (BGBl I 1267)
AVAVG:	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung v. 16.7.1927 RGBI I 187
BAG:	Bundesarbeitsgericht, auch Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band, Seite)
BayObLGSt:	Bayrisches Oberstes Landesgericht, Entscheidungen in Strafsachen (Band, Seite)
BB:	Der Betriebsberater (Jahr, Seite)
Betrieb:	Der Betrieb (Jahr, Seite)
BetrVerfG:	Betriebsverfassungsgesetz v. 11.10.1952 (Bundesgesetzblatt I 681)
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896 RGBI 195
BGH(Z):	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen (Band, Seite)
BGHSt:	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Strafsachen (Band, Seite)
BKA:	Bundeskartellamt
BVerfGE:	Bundesverfassungsgericht, Entscheidungen (Band, Seite)

BVerwGE:	Bundesverwaltungsgericht, Entscheidungen (Band, Seite)
Bolze:	Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, bearb. v. A. Bolze (Band, Seite)
BSG:	Bundessozialgericht
GebrMG:	Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern (Gebrauchsmustergesetz) Neufassung v. 9.6.1961, Bundesgesetzblatt I 570
GewO:	Gewerbeordnung idF d. Bek. v. 26.7.1900 RGBI 871
GG:	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949 BGBI 1
Gruchot:	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr. v. Gruchot (Band, Seite)
GRUR:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr, Seite)
GWB:	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 27.7.1957, BGBI I 1081
HansGZ:	Hanseatische Gerichtszeitung (Jahr, Seite)
Hess. Verf:	Hessische Verfassung v. 1.12.1946 GVBl 229
HGB:	Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897 RGBI 219
HRR:	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr, Nr.)
JR:	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JuS:	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW:	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ:	Juristen-Zeitung (Jahr, Seite)
"Karlsruher Forum":	Versicherungsrecht Beiheft "Karlsruher Forum" (Jahr, Seite)
KG:	Kammergericht

KO:	Konkursordnung
KUG:	Gesetz betr. das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (Kunsturhebergesetz) v. 9.1.1907 RGBl 7, aufgehoben durch § 141 Nr. 5 des Urheberrechtsgesetzes v. 9.9.1965 BGBl I 1273
LAG:	Landesarbeitsgericht
Leipz. Komm:	Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar
LG:	Landgericht
LM:	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring (Gesetzesstelle und Entscheidungsnummer)
LZ:	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MA:	Der Markenartikel (Jahr, Seite)
MDR:	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)
MuW:	Markenschutz und Wettbewerb (Jahr, Seite)
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
OLG:	Oberlandesgericht, zugleich Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Band, Seite)
OR:	Schweizerisches Obligationenrecht
PatG:	Patentgesetz idF v. 9.6.1961 BGBl I 550
PersVertrG:	Personalvertretungsgesetz v. 5.8.1955 (BGBl I 477)
RAG:	Reichsarbeitsgericht, zugleich amtliche Sammlungen der Entscheidungen (Band, Seite)
RdA:	Recht der Arbeit (Jahr, Seite)
Recht:	Zeitschrift "Das Recht" (Jahr, Nr.)
RG(Z):	Reichsgericht, Entscheidung in Zivilsachen (Band, Seite)
RGSt:	Reichsgericht, Entscheidungen in Strafsachen (Band, Seite)

RGBI:	Reichsgesetzblatt
RGRKomm:	Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
SchlHA:	Schleswig-Holsteinische Anzeigen (Jahr, Seite)
SJZ:	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr, Seite)
StGB:	Strafgesetzbuch idF v. 25.8.1953 BGBI I 1083
StVO:	Straßenverkehrsordnung idF v. 29.3.1956 BGBI I 327
SchwOR:	Schweizerisches Obligationenrecht v. 14.7.1881
SchwZGB:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch v. 10.12.1907
SeuffArch:	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Ge- richte in den deutschen Staaten (Band, Seite)
TVG:	Tarifvertragsgesetz v. 9.4.1949 WiGBI 55
UrhG:	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) v. 9.9.1965 BGBI I 1273
UWG:	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7.6.1909 RGBI 499
Verf:	Verfassungen
VersR:	Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die In- dividualversicherung (Jahr, Seite)
VO:	Verordnung
Warn:	Warneyer, die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Jahr u. Nr.)
WRP:	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr, Seite)
WuW:	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr, Seite)
WZG:	Warenzeichengesetz v. 18.7.1953 idF v. 9.5.1961 BGBI I 574

ZHR: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht (Band, Seite)

ZPO: Zivilprozeßordnung idF v. 12.9.1950 BGBl 535

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

Kommentare und Gesetzesmaterialien

- BAUMBACH: Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Berlin 1931
- BAUMBACH-HEFERMEHL: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., Berlin 1960, 9. Aufl., Berlin 1964
- CALLMANN: Der unlautere Wettbewerb, 2. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
- DREHER-MAASSEN: Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München und Berlin 1956
- DÜRINGER-HACHENBURG: Das Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., Bd. 1, Allgemeine Einleitung und §§ 1 - 104, Bd. 2, 1, Allgemeine Einleitung: Das Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Rechts, Mannheim, Berlin, Leipzig 1930, 1932, Bd. 2, 2, §§ 105 - 177, 335 - 342, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
- ERMAN: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., Münster 1962, Bd. 2, 3. Aufl., Münster 1962, Bd. 2, 4. Aufl., Münster 1967
- HAMANN: Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. 5. 1949, 2. Aufl., Darmstadt 1961
- HUECK-NIPPERDEY-
TOPHOVEN-STÄHLHÄCKE: Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München und Berlin 1964
- JAEGER: Konkursordnung, 8. Aufl., Berlin 1958
- KLANG-GSCHNITZER: Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl., Wien 1950
- LANDMANN-ROHMER-
EYERMANN-FRÖHLER: Gewerbeordnung, Kommentar, Bd. 1 11. Aufl., München und Berlin 1956, 12. Aufl., München und Berlin Stand Anf. 1969

- LEIPZIGER
KOMMENTAR: Straßengesetzbuch,
Bd. 1, 8. Aufl., Berlin 1957,
Bd. 2, 8. Aufl., Berlin 1958
- LOEWENWARTER: Lehrkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch, 3. Bd., Recht der
Schuldverhältnisse, Besonderer Teil,
Berlin 1928
- v. MANGOLDT-KLEIN: Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1,
Berlin und Frankfurt 1957
- MAUNZ-DÜRIG-HERZOG: Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl.,
München und Berlin 1966,
3. Aufl., München 1970
- MOTIVE zu dem Entwurf eines Bürgerlichen
Gesetzbuches für das Deutsche Reich,
Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse,
Berlin 1888
- MUGDAN: Die gesamten Materialien zum Bürger-
lichen Gesetzbuch für das Deutsche
Reich, Bd. 2, Schuldverhältnisse,
Berlin 1899
- MÜLLER-HENNEBERG-
SCHWARTZ: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbe-
werbsbeschränkungen, 1. Aufl.,
1958
- NEUMANN: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetz-
buches, 4. Aufl., Berlin 1905
- OERTMANN: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch und seinen Nebengesetzen,
2. Buch, Das Recht der Schuldver-
hältnisse, 2. Abteilung, 3./4. Aufl.,
Berlin 1910, 5. Aufl., Berlin 1929
- PALANDT: Bürgerliches Gesetzbuch,
21. Aufl., München, Berlin 1962,
26. Aufl., München, Berlin 1967,
30. Aufl., München 1971
- PLANCK'S Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, 2. Bd., 2. Hälfte, Recht der
Schuldverhältnisse, Besonderer Teil,
3. Aufl., Berlin, Leipzig 1907,
4. Aufl., Berlin, Leipzig 1928
- PROTOKOLLE der Kommission für die zweite Lesung
des Entwurfs des Bürgerlichen Ge-
setzbuches,

1. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, Abschnitt I, II, Tit. 1, Berlin 1897,
2. Recht der Schuldverhältnisse, Abschnitt II, Tit. 2 - 20, Abschnitt III, IV, Berlin 1898

REICHSGERICHTS-
RÄTEKOMMENTAR:

Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl., Bd. II, 2. Teil, Berlin 1960

REICHSGERICHTS-
RÄTEKOMMENTAR:

Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1. Bd. Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1913

REIMER:

Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 2. Aufl., Köln 1947
3. Aufl., Köln, Berlin 1954

ROSENTHAL:

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 9. Aufl., Berlin, Frankfurt, 1969

SCHLEGELBERGER:

Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., Bd. 1, Berlin, Frankfurt 1960,
Bd. 2, Berlin, Frankfurt 1963,
Bd. 3, Berlin, Frankfurt 1965,
Bd. 4, Berlin, Frankfurt 1966

SCHÖNKE-SCHRÖDER:

Strafgesetzbuch, 12. Aufl., München und Berlin 1965 15. Aufl. 1970

SOERGEL:

Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Recht der Schuldverhältnisse, Besonderer Teil, 6. Aufl., Stuttgart, Leipzig, Berlin 1937,
8. Aufl., Stuttgart 1952

SOERGEL-SIEBERT:

Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. I, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl., Stuttgart 1959,
Bd. II, Einzelne Schuldverhältnisse, 9. Aufl., Stuttgart 1962
Bd. II, Schuldrecht I, 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
Bd. III, Schuldrecht II, 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969
Bd. IV, Sachenrecht, 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968

STAUB's

Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
14. Aufl., Bd. I, §§ 1 - 177, Ein-
leitung und §§ 1 - 104,
Berlin, Leipzig 1932,
Bd. II, §§ 178 - 342,
Berlin, Leipzig 1933,
Bd. III, §§ 343 - 375,
Berlin, Leipzig 1933

STAUDINGER:

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch
Bd. I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl.,
Berlin 1957,
Bd. III, Sachenrecht 1. Teil, 10.
Aufl., Berlin 1935
Bd. III, Sachenrecht 1. Teil,
11. Aufl., Berlin 1956

STEIN-JONAS-
SCHÖNKE-POHLE:

Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
18. Aufl., Tübingen 1953,
19. Aufl., Tübingen 1964

WARNEYER:

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch für das Deutsche Reich,
1. Bd., Tübingen 1923

Lehrbücher und Monographien

- BÖHM: Wettbewerb und Monopolkampf, Köln, Berlin 1933
- BROX-RÜTHERS: Arbeitskämpfrecht, Stuttgart 1965
- BUCHER: Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965
- BUCHNER: Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz. München 1971
- DERNBURG: Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 3, Sachenrecht, 2. Aufl., Halle 1901
- DERNBURG-RAAPE: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preußens, 4. Aufl., Halle 1915
- DEUTSCH: Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- DIEDERICHSEN: Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, Hamburg 1965
- DULCKEIT: Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951
- ENNECCERUS: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., II. Abt., Recht der Schuldverhältnisse und Register, 6. Aufl., Marburg 1914
- ENNECCERUS-LEHMANN: Recht der Schuldverhältnisse, 13. Aufl., Tübingen 1950, 14. Aufl., Tübingen 1954, 15. Aufl., Tübingen 1958
- ENNECCERUS-NIPPERDEY: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Erster Halbband, Tübingen 1959, Zweiter Halbband, Tübingen 1960
- ESSER: Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
- EUCKEN: Grundsätze der Wirtschaftspolitik (Rowohlts Deutsche Enzyklopädie) Bd. 81

- FIKENTSCHER: Das Schuldrecht,
1. Aufl., Berlin 1965,
3. Aufl., Berlin 1971
- FORSTHOFF: Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
8. Aufl., München und Berlin 1961
- FORSTHOFF-HUECK: Die politischen Streikaktionen des
DGB anlässlich der parlamentarischen
Beratungen zum Betriebsverfassungs-
gesetz in ihrer verfassungs- und
zivilrechtlichen Bedeutung, Schrif-
tenreihe der Bundesvereinigung der
deutschen Arbeitgeberverbände
(2. Rechtsgutachten) Heft 6, (Köln
1952) S. 31 ff.
- FRIESE: Bedarf das Unternehmen des Schutzes
nach § 823 Abs. 1 BGB?
Diss. Erlangen 1934
- FUCHS: Grundbegriffe des Sachenrechts,
Berlin 1917
- Das Wesen der Dinglichkeit,
Berlin 1889
- v. GAMM: Persönlichkeits- und Ehrverletzungen
durch Massenmedien, München 1969
- v. GIERKE, Julius: Handels- und Schiffsfahrtsrecht,
8. Aufl., Berlin 1958
- v. GIERKE, Otto: Deutsches Privatrecht in Bindings
Handbuch der Deutschen Rechtswissen-
schaft, Bd. III, Schuldrecht,
München und Leipzig 1917
- GOLDMANN-
LILIENTHAL: Das Bürgerliche Gesetzbuch, systema-
tisch dargestellt, 1. Bd., Allgemeiner
Teil, und Recht der Schuldverhältnisse,
2. Aufl., Berlin 1903
- HECK: Grundriß des Sachenrechts, 1. Aufl.,
Tübingen 1930
- Grundriß des Schuldrechts, 1. Aufl.,
Tübingen 1929
- HEDEMANN: Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetz-
buches, 2. Aufl., Berlin 1931
- HOLTZENDORFF-
KÖHLER: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft
in systematischer Bearbeitung,
Bürgerliches Recht von Kohler, 2. Bd.,
7. Aufl., München, Leipzig, Berlin 1914

- HUBER, E. R.: Wirtschaftsverwaltungsrecht,
Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 1953
Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 1954
- HUBMANN: Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl.,
Köln, Graz 1967
- HUECK: Unkörperliche Geschäftswerte,
Diss. Münster 1914
- HUECK-NIPPERDEY: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl.,
Bd. I, II, Berlin und Frankfurt
1957
- ISAY: Das Recht am Unternehmen,
Berlin, Frankfurt 1910
- JELLINEK, Georg: System der subjektiven öffentlichen
Rechte, Freiburg 1892
- KÄNZIG: Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41,
Abs. 1, des schweizerischen Obliga-
tionenrechts unter besonderer Berück-
sichtigung der Gründe für den Aus-
schluß der Rechtswidrigkeit,
Diss. Bern 1939
- KOCH: Rechte an Sachen als sonstige Rechte
i. S. von § 823 Abs. 1 BGB,
Karlsruhe 1961
- KOZIOL: Die Beeinträchtigung fremder Forde-
rungsrechte, Wien, New York 1967
- KRÖNER: Die Eigentumsgarantie in der Recht-
sprechung des Bundesgerichtshofs,
Köln, Berlin, München, Bonn 1961
- KÜBLER: Wirtschaftsordnung und Meinungsfrei-
heit, Recht und Staat, Heft 327,
Tübingen 1966
- LABAND: Staatsrecht des Deutschen Reiches,
Bd. 3, 5. Aufl., Tübingen 1913
- LARENZ: Methodenlehre, Berlin, Göttingen,
Heidelberg 1960. Allgemeiner Teil
des Bürgerlichen Rechts, München
1967. Lehrbuch des Schuldrechts,
Allgemeiner Teil,
Bd. I, 3. Aufl., München, Berlin
1958,
Bd. I, 7. Aufl., München und Berlin
1964,

- Bd. I, 8. Aufl., München und Berlin 1967,
Lehrbuch des Schuldrechts, besonderer Teil,
Bd. II, 4. Aufl., München und Berlin 1960,
Bd. II, 5. Aufl., München und Berlin 1962,
Bd. II, 6. Aufl., München und Berlin 1964,
Bd. II, 7. Aufl., München und Berlin 1965,
Bd. II, 9. Aufl., München und Berlin 1968
- LEHMANN: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 14. Aufl., Berlin 1963
- LEHMANN-HÜBNER: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. u. 16. Aufl., Berlin 1966
- LEONHARD: Das Schuldrecht des BGB, 2. Bd., Besonderes Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1931
- v. LISZT: Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1898
- LOBE: Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd. I: Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen, Leipzig 1907
- LÖWISCH: Der Deliktsschutz relativer Rechte, Berlin 1970
- MAURACH: Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1959
- MICHAELIS: Das Recht am Unternehmen, Diss. Leipzig 1937
- MÜLLER-ERZBACH: Deutsches Handelsrecht, 1. Aufl., Tübingen 1921,
3. Aufl., Tübingen 1928
- MÜNZBERG: Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt 1966

- NIESE: Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen 1951
- Streik und Strafrecht, Tübingen 1954
- NIKISCH: Arbeitsrecht, 2. Aufl., Bd. I, Tübingen 1955, Bd. II, Tübingen 1959
- NIPPERDEY: Die Ersatzansprüche für Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27. bis 29. Mai 1952 entstanden sind. Rechtsgutachten, Schriftenreihe der Bundesvereinigungen der deutschen Arbeitgeberverbände, Heft 9, Köln 1952
- OPPIKOFFER: Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen 1927
- REHM: Die rechtliche Natur der Gewerbezonzession, Tübingen 1889
- REICHE: Das Recht am Unternehmen, Diss. Greifswald 1920
- REINERMANN: Der Sympathiestreik als rechtswidriges Verhalten gegenüber dem betroffenen Arbeitgeber, Diss. Marburg 1964
- REINHARDT: Das Persönlichkeitsrecht in der gleitenden Rechtsordnung, Mannheim, Berlin, Leipzig 1931
- Persönlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit, Staat und Recht, Heft 233, 1961
- RÖPKE: Die Lehre von der Wirtschaft, 8. Aufl., Erlenbach, Zürich, Stuttgart 1958
- SARWEY: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880
- SCHIPPEL: Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, München, Berlin, Köln 1956
- SCHULZ-SCHÄFFER: Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlung, Marburg 1915
- SEYDEL: Bayrisches Staatsrecht, 3. Bd., 2. Aufl., Freiburg, Leipzig 1896

- SEYDEL-SCHECHER: Gewerbe-Polizeirecht des Deutschen Reiches, Tübingen 1910
- SIEBRECHT: Das Recht im Arbeitskampf, 2. Aufl., Köln 1956
- SIMÉON: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Hälfte: Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 7. Aufl., Berlin 1914
- SUPPES: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Diss. Freiburg/Br. 1956
- TRAEGER: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB, Marburg 1904
- v. TUHR: Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, Leipzig 1910
- ULMER: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Bd. III, (Deutschland) München, Köln 1968
- WELZEL: Das Deutsche Strafrecht, 5. Aufl., Berlin 1956, 7. Aufl., Berlin 1960, 9. Aufl., Berlin 1965
- WESTERMANN: Sachenrecht, 5. Aufl., Karlsruhe 1969
- WIETHÖLTER: Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, Karlsruhe 1960
- WOLF-LÜKE-HAX: Scheidung und Scheidungsrecht, Grundfragen der Ehescheidung in Deutschland, untersucht anhand von Statistiken, Tübingen 1957
- WOLFF, Julius: Verwaltungsrecht, Bd. I, 4. Aufl., München 1961, 5. Aufl., München 1963, 6. Aufl., München 1965

- WOLFF, Martin: Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl., Berlin 1954
- Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts, Sonderdruck aus der Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Gierke, Breslau 1910
- WOLFF-RAISER: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957
- ZITELMANN: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, System zum Selbststudium und zum Gebrauch bei Vorträgen, Leipzig 1900

Aufsätze

- ARNDT: Sachlichkeit, NJW 1964, 1310, 1312
Der Fall "Blinkfuer" (Art. 5 GG)
NJW 1964, 23
- BACHOF: Freiheit des Berufs, in Bettermann-
Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte,
Handbuch der Theorie und Praxis der
Grundrechte III. Bd., 1. Halbband,
Berlin 1958
- BALLERSTEDT: Wirtschaftsverfassungsrecht in
Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die
Grundrechte, Handbuch der Theorie
und Praxis der Grundrechte III. Bd.,
1. Halbband, Berlin 1958
- BAUR: Der Beseitigungsanspruch nach
§ 1004 BGB, AcP 160, 465 ff.
- BETTERMANN: Anmerkung zu BGH, NJW 1957, 785,
986 ff.
- BIEDENKOPF: Zum politischen Boykott, JZ 1965,
553 ff.
- BOFINGER: Der vergleichende Warentest als
Meinungsäußerung i.S. des Art. 5 GG,
NJW 1965, 1833 ff.
- BÖHMER: Zum Entlastungsbeweis nach § 831
Abs. 1 Satz 2 BGB, MDR 1958, 746 ff.
- BÖTTICHER: Zur Rechtswidrigkeit von Arbeits-
kämpfen, BB 1957, 621 ff.
- BUSSMANN: Buchbesprechung, GRUR 1959, 622 ff.
- v. CAEMMERER: Die absoluten Rechte in § 823
Abs. 1 BGB, Versicherungsrecht 1961,
Beiheft "Karlsruher Forum" S. 19 ff.
- Wandlungen des Deliktrechts in Fest-
schrift DJT "Hundert Jahre Deutsches
Rechtsleben" II. Bd., S. 49 ff.,
Karlsruhe 1960
- Bereicherung und unerlaubte Handlung,
Festschrift für Rabel I (1954) S. 335 ff.
- DEGEN: Fabrikspionage und Geheimnisverrat,
MuW 1927/28, 431 ff.

- DEUTSCH: Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände, JZ 1963, 385 ff.
- DIETZ: Streik zur Durchsetzung von arbeitsvertraglichen Ansprüchen, Festschrift für Herschel, S. 47 ff., Stuttgart 1955
- DÜRIG: Anmerkung zu Urteil des BSG vom 19.3.1957, JZ 1958, 22 ff.
- ETTNER: Die Abwehr betriebschädigender Publikationen unter Berücksichtigung der höchst-richterlichen Rechtsprechung zum "Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb", Betrieb 1963, 367 ff.
- FABRICIUS: Die Dogmatik des sonstigen Rechts, AcP 160, 274 ff.
- FIKENTSCHER: Das Recht im Gewerbebetrieb als "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Festgabe Kronstein 1967, 261 ff.
- FORSTHOFF: Eigentumsschutz öffentlich-rechtlicher Rechtsstellungen, NJW 1955, 1249 ff.
- GIESEKE: Recht am Unternehmen und Schutz des Unternehmens, GRUR 1950, 1249 ff.
- GREWE: Anmerkung zum Urteil des LAG Frankfurt vom 18.9.1950, JZ 1951, 183 ff.
- HAUSS: Anmerkung zu LM Nr. 16 zu § 823 (Ai) BGB
- HEFERMEHL: Der Warentest in rechtlicher Sicht, GRUR 1962, 611 ff.
- HELLE: Über öffentliche vergleichende Warentests und die Grenzen ihrer Zulässigkeit, NJW 1962, 1177 ff.
- Boykott und Meinungskampf, NJW 1964, 1497 ff.
- HESSEL: Probleme des Streikrechts, Betriebsberater 1951, 85 ff.
- HOENINGER: Einige Gedanken zum Recht des Arbeitskampfes, RdA 1955, 204 ff.
- HUBMANN: Das Recht am Unternehmen, ZHR 117, 41 ff.

- HUECK: Die Grenzen des rechtmäßigen Streiks, Festschrift für Herschel, S. 27 ff., Stuttgart 1955
- KIPP: Über den Begriff der Rechtsverletzung, Festgabe für Otto Gierke, Bd. 2, 1910, S. 1 ff.
- KOENIGS: Schutz der Preisbindung gegen Unterbietung durch Außenseiter, JuS 1965, 384 ff.
- GWB und das Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, 1041 ff.
- KÜBLER: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.6.1966, JZ 1967, 177 ff.
- KUNZE: Zum Rechtsschutz gegen ungerechtfertigte Schutzrechtsverwarnungen, WRP 1965, 7 ff.
- LARENZ: Anmerkung zu Urteil des OLG München vom 21.3.1956, NJW 1956, 1719 ff.
- Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Recht der unerlaubten Handlung, NJW 1955, 521 ff.
- LEHMANN: Begrenzung der Rechtswidrigkeit, Festschrift für Hedemann, Berlin 1958
- Anmerkung zu Urteil des Hans. OLG Hamburg vom 4.12.1951, MDR 1952, 297 ff.
- Anmerkung zu Urteil des BGH vom 9.12.1958, NJW 1959, 670 ff.
- LINDENMAIER: Das Recht am ausgeübten Gewerbebetrieb in der Rechtsprechung des BGH, WuW 1953, 592 ff.
- LOBE: Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, MuW 1906/07, 164 ff.
- Abwehrklage gegen Eingriffe in den Gewerbebetrieb, LZ 1931, Sp. 665
- MALLMANN: Pressepflichten und öffentliche Aufgabe der Presse, JZ 1966, 625 ff.

- MEDICUS: Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz, AcP 165 (1965) 115 ff.
- MERZ: Die Widerrechtlichkeit gemäß Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, Sonderabdruck aus "Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins", Bd. 91 bis, 1955, 301 ff.
- MESTMÄCKER: Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521 ff.
- MÜLLER-ERZBACH: Buchbesprechung von Isay, Recht am Unternehmen, ZHR 71, 417 ff.
- Das Unternehmen der Wirtschaft als Anliegen des Rechts, JR 1951, 357 ff.
- Das Unternehmen und die Unternehmer-Abnehmerfreiheit, JZ 1952, 193 ff.
- NAHME: Pressefreiheit und Wettbewerb, GRUR 1964, 484 ff.
- Kritik der Kritik am Warentest, NJW 1965, 1848 ff.
- NASTELSKI: Der Schutz des Betriebsgeheimnisses, GRUR 1957, 1 ff.
- NEUMANN-DUESBERG: Totales und partielles Ausschlußrecht, SJZ 1950, 483 ff.
- NIESE: Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht, JZ 1956, 457 ff.
- NIPPERDEY: Die Frage des Schutzes des Unternehmens nach § 823 Abs. 1 BGB in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 445 ff., Marburg 1931
- Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, 1777 ff.
- Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände, NJW 1967, 1985 ff.
- OERTMANN: Der Schadensersatzanspruch des obligatorisch Berechtigten, Festgabe für Dernburg, Berlin 1900

- OERTMANN: Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, Iherings Jahrbuch 66 (1916) 159 ff.
- OHL: Der Sitz des Rechtsinhabers als Gerichtsstand der unerlaubten Handlung bei Streitigkeiten wegen Verletzung gewerblicher Schutzrechte, GRUR 1961, 521 ff.
- OSTERRIETH: Zwanglose Betrachtung über § 1 des neuen Wettbewerbsgesetzes, GRUR 1909, 399 ff.
- OTTE: Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der Fordernungszuständigkeit, JZ 1969, 253 ff.
- PLASSMANN: Die Bindung des Außenseiters, JZ 1963, 273 ff.
- PLEYER: Die Haftung des Eigentümers für Störungen aus seinem Eigentum, AcP 156, 291 ff.
- RAISER, Ludwig: Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz, Festschrift für Martin Wolff (1952) S. 123 ff.
- Verwendungsansprüche des Werkunternehmers, JZ 1958, 681 ff.
- Die Subsidiarität der Vindikation und ihre Nebenfolgen, JZ 1961, 529 ff.
- Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465 ff.
- Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum ius summa iniuria, Tübingen 1963, S. 145 ff.
- REIMER: Der zu verstärkende Schutz für das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis, GRUR 1930, 733 ff.
- REINHARDT: Die subjektiven Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, Versicherungsrecht, Beiheft "Karlsruher Forum" 1961, 3 ff.
- Das Problem des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. AcP 153, 548 ff.

- REINHARDT: Beiträge zum Neubau des Schadensersatzrechts, AcP 148, 147 ff.
- RINCK: Warenvergleich durch Verbraucherverbände, BB 1960, 949 ff.
- Organisation und Auswertung von Warentests, BB 1963, 1207 ff.
- Die Markttransparenz, BB 1962, 105 ff.
- RIDDER: Meinungsfreiheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. II, S. 243 ff., Berlin 1954
- ROGGE: Zur rechtlichen Bewertung der unberechtigten Verwarnung, WRP 1965, 40 ff.
- ROSENTHAL: Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Gruchot 63, 715 ff.
- RÜMELIN: Die Verwendung des Causalbegriffs im Straf- und Zivilrecht, AcP 90, 171 ff.
- SALINGER: Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Gruchot 62, 190 ff.
- SCHMIDT, Eberhard: Bedarf das Betriebsgeheimnis eines verstärkten Schutzes?
Gutachten, Verhandlungen des 36. DJT Bd. 1, 1. Lieferung, S. 101 ff., Berlin und Leipzig 1930
- SCHMIDT, Rudolf: Praktisch wichtige Auswirkungen der neuen Schuldtheorie im Zivilrecht, NJW 1958, 488 ff.
- Der rechtswidrige Angriff bei der Notwehr, NJW 1960, 1706 ff.
- SCHULTZ: Vergleichende Warentests und Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, NJW 1963, 1801 ff.
- SCHWANENBERGER: Vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt neuer Ordnungsprinzipien, NJW 1961, 1185 ff.

- SPENGLER: Wettbewerbsbeschränkungen durch Boykott, Teil I, Betrieb 1957, 1169 ff.
- Teil II, Betrieb 1957, 1193 ff.
- Boykottprobleme, WuW 1953, 195 ff.
- STAUB: Die juristische Konstruktion der dinglichen Rechte, Archiv für Bürgerliches Recht 5 (1891) S. 12 ff.
- STOLL, Hans: Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 1958, 137 ff.
- Unrechtstypen bei Verletzung absoluter Rechte, AcP 162, 203 ff.
- VÖLP: Vergleichende Warentests, WRP 1963, 109 ff.
- Der Streit um die vergleichende Werbung, WRP 1961, 135 ff.
- Probleme des Rechts am Gewerbebetrieb, WuW 1956, 31 ff.
- WEITNAUER: Zum Schutz der absoluten Rechte, Versicherungsrecht 1961, Beiheft "Karlsruher Forum" 28 ff.
- Gedanken zu Problemen der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens, Versicherungsrecht 1961, 1057 ff.
- Rechtsgrundlagen und Schranken der Zulässigkeit öffentlicher vergleichender Warentests, Betrieb 1963, 55 ff.
- § 823 Abs. II BGB und die Schuldtheorie, JZ 1963, 631 ff.
- WOLF, Ernst: Der praktische Fall: Bürgerliches Recht: Die anstößige Illustrierte, JuS 1968, 77 ff.
- Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Festschrift für Fritz von Hippel (1967) S. 665 ff.

I. Teil Das Problem

I. DAS PROBLEM IN SEINER BISHERIGEN BEHANDLUNG IN RECHTSPRECHUNG UND SCHRIFTTUM

A) In der Rechtsprechung

In jüngster Zeit häufen sich die Entscheidungen der deutschen Zivilgerichte zu der Frage, ob das Recht einer Prozeßpartei an ihrem "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" durch den Prozeßgegner verletzt worden sei.

Dieses Recht ist zwar im Gesetzestext nirgends ausdrücklich genannt; es wird jedoch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit mehr als sechzig Jahren neben Urheberrechten, gewerblichen Schutzrechten, Aneignungsrechten und anderen Rechten als "sonstiges Recht" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt. Ebenso wie bei der Verletzung der in dieser Vorschrift ausdrücklich erwähnten Rechtsgüter des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und ebenso wie bei der Verletzung des ausdrücklich aufgeführten Rechts des Eigentums und der als "sonstige Rechte" anerkannten Urheberrechte hat die Rechtsprechung dem Geschädigten bei der Verletzung seines Rechts am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" Schadensersatz-, Unterlassungs- und Störungsbeseitigungsansprüche gewährt.

Grundlegend war die Entscheidung des Reichsgerichts vom 24. Februar 1904, in der es vier Jahre nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches zum ersten Male das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als sonstiges Recht i.S. des § 823 Abs. 1 BGB ansah ¹⁾.

Nach dem Wortlaut dieser Entscheidung war dieses Recht dann verletzt, wenn "Störungen und Beeinträchtigungen, welche sich unmittel-

1) RGZ 58, 24 ff.

bar gegen den Gewerbebetrieb richten", vorlagen. Der Beklagte, für den ein Gebrauchsmuster eingetragen worden war, hatte dem Kläger die Nachbildung des Gebrauchsmusters untersagt. In Wahrheit war das eingetragene Gebrauchsmuster nicht schutzfähig. Das Gericht bejahte die Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb des Klägers und gewährte einen Anspruch auf Schadensersatz.

In seiner Entscheidung vom 3. Februar 1910 wählte das Reichsgericht folgende Formulierung ¹⁾: Eine Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb sei nur dann gegeben, "wenn der Eingriff sich unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebs richtet, wenn entweder Betriebshandlungen tatsächlich gehindert worden oder seine rechtliche Zulässigkeit verneint oder seine Schließung und Einschränkung verlangt wird. Sie liegt nicht vor, wenn dem Gewerbetreibenden nur ein wirtschaftlicher Gewinn entzogen, seine Aussicht auf Erwerb gestört wird". In diesem Falle gelangte das Gericht zur Abweisung der Klage. Die in dieser Entscheidung gewählte Formulierung findet sich jedoch in zahlreichen späteren Entscheidungen wieder ²⁾. Im einzelnen wurde die Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb in Fällen der Berührung eines nicht bestehenden gewerblichen Schutzrechts ähnlich wie in dem Präzedenzfall vom Jahre 1904 bejaht oder auch u. a. dann, wenn die Werbung eines Konkurrenten als "schmutzige Prahlerei" bezeichnet wurde ³⁾, oder wenn eine Krankenkasse alle Apotheken anwies, statt eines bestimmten Medikaments ein anderes abzugeben, wobei die Bezahlung des beanstandeten Mittels abgelehnt wurde ⁴⁾. Um das Jahr 1930 erfuhr die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine Wandlung. Zur Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb genügte auf dem Gebiet des Wettbewerbs- und Warenzeichen-

1) RGZ 73, 105, 107

2) RGZ 77, 219; 79, 224; 223, 225; 135, 247
RG JW 1909, 493; 1911, 712 Nr. 12

3) RG JW 1908, 133 Nr. 1

4) RG MuW 1929, 378

rechts fortan "jede schuldhaft Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung eines anderen" ¹⁾. Die Forderung, daß der Eingriff sich gegen den Bestand des Gewerbebetriebs richten müsse, daß entweder Betriebshandlungen tatsächlich gehindert worden oder seine Schließung oder Einschränkung verlangt worden sein müssen, um die Annahme einer Rechtsverletzung zu rechtfertigen, wurde nicht mehr erhoben. Nach wie vor war aber auch nach Ansicht dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts "auf alle Fälle ein unmittelbarer Eingriff in den Bereich des Gewerbetreibenden erforderlich" ²⁾. Von dem unmittelbaren Eingriff wurde allerdings gesagt, er sei "eine Voraussetzung, die gerade bei Wettbewerbshandlungen ohne weiteres erfüllt ist" ³⁾.

Diese abgewandelte Rechtsprechung behielt das Reichsgericht bis zum Ende seines Bestehens bei. Im einzelnen wurden auch weiterhin die Fälle der Berührung eines gewerblichen Schutzrechts als Rechtsverletzungen angesehen ⁴⁾, daneben u. a. aber auch der Fall der unwahren Behauptung von Mängeln einer Pumpe, die von einem Konkurrenzunternehmen hergestellt wurde ⁵⁾, oder der Fall der Bezeichnung eines Unternehmens als "nicht arisch" ⁶⁾ oder der Fall der falschen Behauptung, die Klägerin habe einer anderen Firma einen Ingenieur wegengagiert ⁷⁾.

Durch den Bundesgerichtshof erfuhr die Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb im Jahre 1951 eine erneute Wandlung. In seiner Entscheidung vom 26. Oktober 1951 ⁸⁾ stellte der Bundesgerichtshof

1) RGZ 163, 32 ff. - Ebenso: RGZ 158, 377 = JW 1939, 484 Nr. 11; HRR 1939 Nr. 938; WarnRspr. 1942 Nr. 5; MuW 1931, 501; MuW 1935, 30; GRUR 1942, 54; GRUR 1942, 364, 365

2) RGZ 163, 32

3) RGZ 163, 32

4) RG GRUR 1934, 444; GRUR 1936, 610, 613; GRUR 1939, 609, 611; GRUR 1942, 54

5) RG GRUR 1942, 364, 366

6) RG MuW 1940, 87

7) RGZ 158, 377 = JW 1939, 484

8) BGHZ 3, 250 ff. = JZ 1952, 227

erstmalig fest, daß "das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht nur in seinen einzelnen Erscheinungsformen, wozu der gesamte gewerbliche Tätigkeitskreis zu rechnen ist, vor unmittelbaren Störungen bewahrt bleiben" müsse. Es bestehe kein Grund, den Gedanken des Schutzes der gewerblichen Betätigung auf das Gebiet des Wettbewerbs und der gewerblichen Schutzrechte zu beschränken. Diese Beschränkung der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts auf das Gebiet des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts wurde also aufgegeben. Aber an dem Erfordernis der Unmittelbarkeit des Eingriffs oder der Störung wurde festgehalten.

Innerhalb dieses neugesteckten Rahmens wurde die herabwürdigende Kritik einer katholischen Kirchenzeitung an einer illustrierten Zeitschrift als eine Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb angesehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellen demnach jede Beeinträchtigung und jede Störung der gewerblichen Tätigkeit, gleichgültig auf welche Weise sie herbeigeführt wurden, eine Rechtsverletzung dar, sofern die Beeinträchtigung und die Störung nur "unmittelbar" sind. Auf das Erfordernis der Unmittelbarkeit wird in mehreren Entscheidungen wiederholt hingewiesen ¹⁾.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine unmittelbare Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit vorliege, blieb im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zunächst unbeantwortet, wie sie es in der Rechtsprechung des Reichsgerichts geblieben war. Eine allgemeine Definition des unmittelbaren Eingriffs wurde nicht gegeben ²⁾. Vielmehr wurde lediglich von Fall zu Fall

-
- 1) BGHZ 3, 270, 280; 8, 387, 394; 14, 286, 292; 15, 338, 349; 23, 162, 157; 24, 200, 206; 29, 65, 69; 36, 18, 22; BGH LM BGB § 823 (Da) Nr. 4; BGHZ 41, 123 = BGH LM BGB § 823 (Ac) Nr. 9 = BGH NJW 1964, 720, 722
- 2) Vgl. BGHZ 29, 65, 71; 38, 200 ff.; 45, 296, 307; 41, 123 = NJW 1964, 720, 722; BGH Vers.Recht 1961, 831; BGH GRUR 1965, 440; BGH WRP 1968, 50, 53; BGH GRUR 1966, 386 ff.

festgestellt, ob der konkrete Sachverhalt entweder einen unmittelbaren Eingriff darstelle oder nicht, woraus sich eine umfangreiche Kasuistik entwickelte. In der zitierten Entscheidung vom 26. Oktober 1951 ¹⁾ wird beispielsweise die Unmittelbarkeit mit folgenden Worten bejaht: "Der strittige Artikel, der getragen von höchster kirchlicher Autorität jedermann eindringlich vor der Zeitschrift warnt und diese Warnung mit einer achtungsverletzenden Herabsetzung der hinter der Klägerin stehenden Personen verbindet, ist geeignet, die gewerbliche Betätigung der Klägerin empfindlich zu beeinträchtigen. Er stellt einen unmittelbaren Eingriff in das der Klägerin geschützte Recht einer störungsfreien Entfaltung ihres gewerblichen Tätigkeitskreises dar".

In anderen Entscheidungen wird nicht einmal geprüft, ob die Unmittelbarkeit des Eingriffs vorliegt, sondern, ohne dieses Merkmal zu erwähnen, die Rechtsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB als gegeben erachtet ²⁾.

Erst in seiner Entscheidung vom 9. Dezember 1958 ³⁾ versucht der Bundesgerichtshof den Begriff des unmittelbaren Eingriffs näher zu definieren: "Unmittelbare Eingriffe sind nur diejenigen, die irgendwie gegen den Betrieb als solchen gerichtet, also betriebsbezogen sind und nicht vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen". Ebensowenig wie bei der Verletzung eines Angestellten oder der Beschädigung eines Betriebskraftwagens sei in dem zu entscheidenden Fall die durch Ausschachtungsarbeiten des beklagten Bauunternehmens herbeigeführte Unterbrechung eines Stromkabels, das einem Elektrizitätswerk gehört und den Betrieb des Klägers mit Strom versorgte, als ein unmittelbarer Eingriff in den Gewerbebetrieb des Klägers anzusehen.

1) BGHZ 3, 270, 280

2) BGHZ 8, 142, 144; 13, 210; 16, 172, 176; 17, 41, 51

3) BGHZ 29, 65, 74; Buchner S. 110 ff.

Aber selbst wenn im Einzelfall die Unmittelbarkeit oder die Betriebsbezogenheit des Eingriffs in den Gewerbebetrieb vom Gericht festgestellt worden sein sollte, so ist damit noch nicht endgültig über die Widerrechtlichkeit des Eingriffs entschieden. Denn nach Meinung des Bundesgerichtshofs muß in jedem einzelnen Falle untersucht werden, ob nicht nach dem Prinzip der Güter- und Pflichtenabwägung das Interesse des Schädigers an dem unmittelbaren Eingriff gegenüber dem des Geschädigten an einer störungsfreien gewerblichen Tätigkeit als höherwertig zu veranschlagen und damit die Rechtswidrigkeit des Eingriffs zu verneinen sei. Nach Auffassung des Gerichts stellt der Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung, der als Rechtfertigungsgrund in § 193 StGB einen Sonderfall der Interessenkollision auf dem Gebiet des Ehrenschatzes regelt, einen übergeordneten Rechtsgedanken dar, der in allen Fällen Bedeutung gewinnt, in denen im Widerstreit verschiedener Belange die Verletzung eines Rechtsguts in Kauf genommen werden müsse. Nach Meinung des Bundesgerichtshofs können auch gewerbestörende Beeinträchtigungen, die tatbestandsmäßig unter § 823 Abs. 1 BGB fallen, durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein, wenn sich die Interessenwahrung in denen vom Gesetz gebilligten Grenzen halte ¹⁾.

Die Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb befaßt sich nicht nur mit Eingriffen von Seiten privater Dritter, also nicht nur mit unerlaubten Handlungen, sondern auch mit Eingriffen von hoher Hand. Wird durch Hoheitsakt in das Recht am Gewerbebetriebe eingegriffen, z. B. durch Entzug einer Apothekenkonzession ²⁾ oder einer Schornsteinfegerkonzession ³⁾, so kann ein Enteignungstatbestand oder ein enteignungsgleicher Eingriff vorliegen. Auch für die Bejahung dieser Tatbestände kommt es nach Meinung des Bundesgerichtshofs

1) BGHZ 3, 270, 280; 8, 142, 144; 13, 210; 24, 200, 206; 29, 65, 74; 36, 18, 22

2) BGHZ 15, 17 ff.

3) BGH NJW 1956, 1109

darauf an, daß Unmittelbarkeit und Betriebsbezogenheit gegeben sind ¹⁾.

Während der Bundesgerichtshof im Constanze-Urteil ²⁾ den Anwendungsbereich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb erweiterte, ist anderen Entscheidungen dieses Gerichts die Tendenz anzumerken, den Anwendungsbereich dieses "Rechts" zu beschränken. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs versucht der Bundesgerichtshof in diesen Entscheidungen durch die Feststellung zu erreichen, daß das Recht am Gewerbebetrieb gegenüber wettbewerbsrechtlichen und anderen einschlägigen Sondervorschriften nur "lückenausfüllenden Charakter" habe ³⁾.

Das Bundesarbeitsgericht verwendet den Begriff des Rechts am Gewerbebetrieb in seiner Rechtsprechung zum Arbeitskampf. Es sieht den "illegitimen" Streik als einen Eingriff in den Gewerbebetrieb an ⁴⁾. Ob ein Streik im einzelnen Fall als illegitim und damit als ein solcher Eingriff anzusehen ist, hat das Bundesarbeitsgericht u. a. für zwei Fallsituationen entschieden: Ein Streik stellt danach einen Eingriff in den Gewerbebetrieb dar, wenn er gegen einen Grundsatz des Tarifvertragsrechts, § 4 Abs. 3 TVG, verstößt ⁵⁾ und wenn es sich um einen sogenannten "wilden" Streik handelt, d. h. um einen Streik ohne Beteiligung einer Gewerkschaft ⁶⁾.

Das Bundesverwaltungsgericht ⁷⁾ und das Bundesverfassungsgericht ⁸⁾

1) BGH NJW 1956, 1109; BGHZ 15, 17, 20; 25, 266, 269; 13, 371, 395; LM Nr. 56 zu Art. 14 GG; BGH Betrieb 1971, 571

2) BGHZ 3, 270, 280

3) BGHZ 36, 252, 257; 38, 200, 204; BGH JZ 1968, 231, 232; BGH NJW 1966, 2010, 2011

4) BAG Gr. S. AP Nr. 1 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf" = 1, 291, 300 = NJW 1955, 882

5) BAG 2, 75 = NJW 1955, 1373 = AP Nr. 2 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

6) BAG AP Nr. 32, 33 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

7) BVerwGE 3, 254 = NJW 1956, 1531

8) BVerfGE 1, 264, 277; 13, 229

haben im Grundsatz das Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" ebenfalls anerkannt, ohne jedoch zur Frage des Inhalts dieses Rechts im einzelnen Stellung genommen zu haben.

B) Das Problem im Schrifttum

1. Übersicht

In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist das von der Rechtsprechung entwickelte Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe" immer umstritten geblieben. Zwar schloß sich schon bald die herrschende Meinung dieser Lehre ohne Vorbehalte an¹⁾. Callmann tat dies mit der enthusiastischen Bemerkung, "daß dieser Begriff hervorragend geeignet ist, die Bildung eines modernen Unternehmensbegriffs zu fördern und in Gemeinschaft mit dem UWG seinen Rechtsschutz auszugestalten"²⁾. Einige namhafte Autoren folgten der

-
- 1) Schulz-Schäffer, S. 221 ff.;
Callmann, S. 135 ff.;
Hueck, Unkörperliche Geschäftswerte, Diss.
Münster 1914, S. 57 ff.;
Oppikofer, S. 135;
Martin Wolff, Grundbegriffe des Handelsrechts, S. 4 ff.;
Baumbach, Kommentar zum Wettbewerbsrecht, S. 69;
Isay, Das Recht am Unternehmen, S. 5 ff.;
Oertmann, 3./4. Aufl. II. Abt., Anm. 3 b zu § 823;
5. Aufl. 2. Abt. Anm. 3 b;
Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, 6. Aufl., 1914,
§ 451 I 1 b, S. 646 Anm. 7;
Lobe, MuW 1906/07, 164 ff.; Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs Bd. I, S. 169, 184;
LZ 1931, Sp. 664, 665; GRUR 1909, 399;
O. v. Gierke, § 211 II 2 b, S. 891, S. 892;
BGB-RGR Komm., 2. Aufl., § 823 Anm. 9;
Warneyer, § 823 Anm. III 72;
Dernburg/Raape, 4. Aufl., § 383 IV¹² S. 751;
Siméon, 7. Aufl., § 85, 3 S. 647;
Loewenwarter, § 823, S. 481;
Goldmann-Lilienthal, § 231 II S. 891;
Neumann, § 823 Anm. V 1 b
- 2) Callmann, S. 135 ff.

herrschenden Meinung erst, nachdem sie Jahre hindurch als Gegner der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb aufgetreten waren ¹⁾.

2. Gegenstimmen

- a) An Gegenstimmen hat es jedoch bis heute nie gefehlt. Der Annahme eines Rechts am "engerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" wird mit dem Hinweis widersprochen, daß sie die Gefahr "uferloser Ausweitung" des Rechtsschutzes heraufbeschwöre ²⁾.

Schon im Jahre 1910 schrieb von Tuhr: "Die Analogie geht von Schritt zu Schritt weiter: wenn ein eingerichteter Gewerbebetrieb ein subjektives Recht sein soll, warum nicht auch jede andere Organisation des Lebens, z. B. ein Hausstand, dessen Schutzwürdigkeit doch wohl nicht niedriger eingeschätzt werden darf? ... da-

-
- 1) Nipperdey, dagegen: in Beiträge zum Wirtschaftsrecht Bd. II, 473 ff.

dafür: Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27. bis 29. Mai 1952 entstanden sind. Rechtsgutachten Schriftenreihe der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Heft 9, 1953; in Enneccerus-Nipperdey, 14. Aufl., § 209 II; in Hueck-Nipperdey II, 6. Aufl. S. 640;

Planck, dagegen: Bd. II, 3. Aufl., 1907, § 823 II 1 f y;

Planck-Flad, dafür: 4. Aufl., § 823 Anm. B II 1 f;

Müller-Erzbach, dagegen: in ZHR 71, 417 ff., 426;
im Handelsrecht, 1. Aufl., 1921, S. 87 ff.; JR 1951, 357;

dafür: (zweifeln) im Handelsrecht, 3. Aufl., 1928 S. 71 ff.
und in JZ 1952, 193, 196

- 2) Palandt-Gramm, 26. Aufl., Anm. 6 g zu § 823;
Enneccerus-Lehmann, 15. Aufl., § 234 I b, S. 911;
Hauß LM Nr. 16 zu § 823 (Ai) BGB = VersR
59, 150; OLG Freiburg JZ 1952, 231;
Reimer, S. 10

mit wären wir bei dem allgemeinen Satz, daß jeder vorsätzlich oder fahrlässig angerichtete Schaden zu ersetzen ist, welchen Satz zwar der Code civil kennt, das BGB aber mit Bewußtsein abgelehnt hat" ¹⁾.

In neuester Zeit sprach von Caemmerer ²⁾ ebenfalls die Meinung aus, daß mit dem Recht am Gewerbebetriebe eine Generalklausel innerhalb des § 823 Abs. 1 BGB geschaffen worden sei, was mit dem Begriff des "sonstigen Rechts" in dieser Vorschrift nicht zu vereinbaren sei. Ähnliche Bedenken äußert Deutsch ³⁾, wenn er bei dem Recht am Gewerbebetrieb die festen Grenzen und den positiven Zuweisungsgehalt vermißt. Mit Entschiedenheit lehnt E. Wolf die Annahme eines Rechts am Gewerbebetrieb ab, weil ein Gewerbebetrieb nicht Gegenstand eines subjektiven absoluten Rechts sein könne ⁴⁾

- b) Nach Gieseke ⁵⁾, Esser ⁶⁾, Böhm ⁷⁾ und nach Deutsch ⁸⁾ verkehrt ein mit dem Recht am Gewerbebetrieb geschaffener genereller Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB das Wesen des Unternehmens geradezu in sein Gegenteil ⁹⁾. Das Unternehmen, das im Wettbewerb stehe, befinde sich im Kampf, und die Vorschriften zur

1) v. Tuhr, Bd. 1 S. 154 ff. 157

2) v. Caemmerer, Wandlungen ... S. 49 ff. S. 65

3) Deutsch JZ 1963, 385, 388

4) Ernst Wolf, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Festschrift für Fritz von Hippel (1967) S. 665 ff.

5) Gieseke, GRUR 1950, 298 ff.

6) Esser, S. 847, ebenso Raiser, JZ 1961, 465 ff.

7) Böhm, S. 289

8) Deutsch JZ 1963, 385 ff., 387

9) Mestmäcker, JZ 1958, 521, 526;

Daraus zieht Völp den Schluß, daß nur Bestandteile eines Unternehmens, nicht aber das Unternehmen als Ganzes geschützt sei (Völp, Probleme des Rechts am Gewerbebetrieb WuW 1956, 31). Müller-Erzbach, Handelsrecht I, 1. Aufl., 1921, S. 88 und ZHR 71, 423;

Ebenso früher Nipperdey, Beiträge zum Wirtschaftsrecht II, S. 473 ff.

Reinerhaltung des Wettbewerbs sollten nicht den Frieden des Unternehmens sichern, sondern seien eine Kampfordnung. In der Wirtschaft, in der Wettbewerb herrsche, seien Beeinträchtigungen eines Unternehmens in weitem Umfange zulässig, selbst auch solche, die den Mitbewerber zur Einstellung seines Unternehmens zwingen.

- c) Andere Stimmen halten das Recht am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" für mit dem geltenden Rechte unvereinbar, insbesondere weil die bestehenden Vorschriften genügend Schutz des Unternehmens böten ¹⁾. Bußmann weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß die Sondervorschriften des UWG durch die Annahme eines Rechts am Gewerbebetrieb überflüssig würden ²⁾.

Ludwig Raiser ³⁾ sieht das Recht am Unternehmen als mit der Marktwirtschaft unvereinbar an. Das gemeinsame Merkmal der subjektiven Rechte bestehe darin, daß sie eine herrschaftliche Beziehung einer Person zu einem außerhalb ihrer gegebenen werthaften Objekt, einem sogenannten Rechtsgut, zum Ausdruck bringe. Darin liege eine Zuweisung eines Gutes zu einer Person. Diese Zuweisung bedeute eine Monopolisierung des Gutes bei einer einzelnen Rechtsperson. Einem Unternehmen solle aber in einer Marktwirtschaft keine garantierte Monopolstellung zukommen.

- d) Den Ausführungen einiger Wissenschaftler ist anzumerken, daß sie im Grunde Gegner eines umfassenden Rechts am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe" geblieben sind, daß sie aber gleichzeitig der Tatsache gerecht zu werden versuchen, daß die Rechtsprechung nun schon seit Jahrzehnten von diesem Recht in

1) Friese, Bedarf das Unternehmen des Schutzes nach § 823 Abs. 1 BGB? Diss. Erlangen 1934;

Michaelis, Das Recht am Unternehmen, Diss. Leipzig 1937;

Reiche, Das Recht am Unternehmen, Diss. Greifswald 1920

2) Bußmann, GRUR 1959, 622. Ähnlich Palandt-Gramm, 21. Aufl., Anm. 6 g zu § 823 BGB, ebenso Reimer, S. 10

3) Raiser JZ 1961, 465 ff, 467, 469, 470

der Praxis Gebrauch macht.

So ist Lehmann ¹⁾ der Ansicht, daß der Begriff des absoluten Rechts, das generell jeden nicht durch einen besonderen Ausschlußgrund der Widerrechtlichkeit gerechtfertigten Eingriff verbiete, in Anwendung auf das Recht am Gewerbebetrieb zu einer konstruierten Auffassung führe, die in einer vorwiegend formallogischen Beweisführung stecken zu bleiben drohe. Beim Recht am Gewerbebetrieb müsse vielmehr die Rechtswidrigkeit in jedem einzelnen Falle durch eine materielle Prüfung unter Berücksichtigung der von der Rechtsprechung zu § 826 BGB aufgestellten Grundsätze festgestellt werden ²⁾. Für das Gebiet des Wettbewerbs seien bereits feste Bewertungsmaßstäbe und Ordnungsprinzipien für die Scheidung des zulässigen vom unzulässigen Wettbewerb entwickelt worden. Der Wettbewerb sei unzulässig, soweit er nicht auf der eigenen Leistung beruhe oder die Grenzen überschreite, die aus der Eingliederung des Unternehmens in die geltende Wirtschaftsordnung sich ergeben. Wo kein zu Wettbewerbszwecken vorgenommener Eingriff in den Bereich eines Gewerbebetriebs in Frage stehe, sei es ausgeschlossen, zur Widerrechtlichkeit Stellung zu nehmen, ohne eine materielle Prüfung des Interessenwiderstreits und ohne Bewertung und Abwägung der widerstreitenden Interessen und der Entwicklung der Grenzen, innerhalb derer das höherwertige Interesse auf Kosten des minderwertigen verfolgt werden dürfe.

Von einer solchen Prüfung dürfe sich das Gericht nicht befreien, indem es sich auf die apriorisch aufgestellte formale Kategorie eines generell geschützten Rechts zurückziehe, in das jeder Eingriff unzulässig sei, für den sich eine Befugnis nicht nachweisen

1) Lehmann in Enneccerus-Lehmann, 15. Aufl., § 234 I b, S. 911 und MDR 1952, 297 ff.

2) So insbesondere in MDR 1952, 297 ff.;
ebenso Deutsch, JZ 1963, 385, 391

lasse. Das Gericht dürfe die sachliche Wertung, zu der es unter dem Gesichtspunkt der guten Sitten genötigt wäre, nicht durch Erweiterung des Begriffsbildes des absoluten Rechts ausschalten. Das wäre Normenerschleichung. Wenn man den Rechtsschutz des Unternehmens gegen Eingriffe Dritter völlig befriedigend lösen wolle, müsse man das Recht am Gewerbebetrieb aus dem Kreise der sonstigen Rechte des § 823 Abs. 1 BGB herausnehmen und die zugunsten des Gewerbebetriebs bestehenden Störungsverbote des UWG durch eine eigens formulierte Generalklausel angemessen ergänzen. Diese Generalklausel müsse etwa folgenden Inhalt haben:

"Wer in seiner schutzwürdigen Betätigung als Unternehmer durch unzulässigen Wettbewerb oder durch einen anderen unbefugten Eingriff in den Bereich seines Gewerbebetriebs beeinträchtigt wird, kann von dem Störer Beseitigung der Störung und bei Verschulden Schadensersatz verlangen. Bei drohender Wiederholung kann er auf Unterlassung klagen".

Auch schon vor Erlaß einer solchen Bestimmung werde man auch im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB bei der Prüfung der Widerrechtlichkeit nach derartigen Richtlinien vorgehen müssen.

An anderer Stelle ¹⁾ weist Lehmann darauf hin, daß der vom Bundesgerichtshof eingeführte Begriff der Betriebsbezogenheit ²⁾ i.S. von Zielbezogenheit und Zweckrichtung des Eingriffs der Konkretisierung solcher Richtlinien dienen könne. Die Betriebsbezogenheit könne sich erstens aus dem Vorsatz des Täters und zweitens aus der Eigenschaft des angegriffenen Gutes als eines weseneigentümlichen Unternehmensbestandteils ergeben. Bei einem fahrlässigen Eingriff in Unternehmensbestandteile, die von dem betreffenden Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbar, also ihm nicht wesenseigentümlich seien, werde man eine solche Betriebsbezogenheit verneinen müssen.

1) Lehmann in NJW 1959, 670 (Anm. zu BGHZ 29, 69 ff.)

2) BGHZ 29, 69 ff.

Auch Larenz steht dem Recht am Gewerbebetriebe grundsätzlich ablehnend gegenüber ¹⁾. Dennoch macht er den Versuch, die nun einmal bestehende Rechtsprechung in die Systematik des Rechts der unerlaubten Handlung einzubauen. Zu diesem Zwecke unterscheidet er zwischen den in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich genannten und als "sonstige Rechte" anerkannten "klassischen" Rechten einerseits und dem Recht am Gewerbebetrieb und dem Persönlichkeitsrecht andererseits, die von der Rechtsprechung ebenfalls als "sonstige Rechte" anerkannt worden sind ²⁾. Während bei den ersteren jede Beeinträchtigung widerrechtlich sei, sofern nicht einer der traditionellen Rechtfertigungsgründe wie Notwehr, Notstand oder Einwilligung eingreife, liege bei den letzteren eine Widerrechtlichkeit nur vor, wenn die Beeinträchtigung über das Maß dessen hinausgehe, was nach den Maßstäben der Verkehrsauffassung, der Sozialadäquanz und mit Rücksicht auf die Erfordernisse des menschlichen Zusammenlebens unter den besonderen Umständen jeweils hingenommen werden müsse. Nur dann, wenn die tatsächliche Einwirkung oder Behinderung hiernach als rechtlich unstatthaft anzusehen sei, stelle sie eine Rechtsverletzung dar, so daß also in diesen Fällen nicht von der Tatbestandsmäßigkeit auf die Rechtswidrigkeit, sondern umgekehrt erst von der Rechtswidrigkeit der Einwirkung oder Behinderung auf ihre Tatbestandsmäßigkeit (die Verletzung des Rechts) geschlossen werden könne.

An anderer Stelle ³⁾ versucht Larenz im Zusammenhang mit dem Begriff der Unmittelbarkeit des Eingriffs, den man in der Rechtsprechung findet, die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs dadurch

-
- 1) Larenz, Schuldrecht II, 1960, 4. Aufl., S. 356; 1965, 7. Aufl., S. 421 ff.; 1968, 9. Aufl., S. 421 ff.
 - 2) Larenz, Schuldrecht II, 1962, 5. Aufl., S. 373 ff.; 1965, 7. Aufl., S. 424, 425; 1968, 9. Aufl., S. 430
 - 3) Larenz, NJW 1956, 1719

näher zu bestimmen, daß er darauf hinweist, daß ein Unternehmen nach § 823 Abs. 1 BGB nur gegen Eingriffe geschützt sein könne, die eine Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs zum Zwecke hatten oder mindestens unter den gegebenen Umständen zum Zwecke haben konnten.

Reinhardt ¹⁾ teilt die Bedenken, die gegen die Anerkennung eines subjektiven Rechts am Gewerbebetrieb vorgebracht werden und stellt die Frage, ob es richtig und sinnvoll ist, den Schutz des Unternehmens aus § 823 Abs. 1 abzuleiten. Er schlägt vor, zu untersuchen, ob nicht in bestimmten Fallgruppen die Anwendung von § 823 Abs. 2 BGB zu einer angemesseneren Lösung des Unternehmensschutzes führen würde, was nicht ausschließe, daß in anderen Fallgruppen der Beeinträchtigung des Gewerbebetriebes nur eine Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB möglich sein könne. Beiden Vorschriften gemeinsam, nicht nur dem § 823 Abs. 1 BGB alleine, käme unter diesen Umständen (abgesehen von den Fällen der §§ 824 u. 826) die Aufgabe des Schutzes des Unternehmens zu.

3. Rechtfertigungsversuche

Es fehlt natürlich nicht an Versuchen derjenigen Autoren, die die Rechtsprechung zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bejahen, die Schwierigkeiten, die - wie dargelegt - von namhaften Kritikern in Zusammenhang mit diesem Recht gesehen werden, auszuräumen.

a) So war Nipperdey später der Ansicht, daß gerade die Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB die praktisch geeignete Handhabe biete, den erforderlichen Rechtsschutz des Unternehmens auszugestalten. Dabei

1) Reinhardt, Versicherungsrecht 1961
Beiheft "Karlsruher Forum", S. 3 ff., S. 11

versuchte er, mit Hilfe des Begriffs der Sozialadäquanz die rechtmäßigen Tatbestände des Eingriffs in den Gewerbebetrieb gegen die unrechtmäßigen abzugrenzen¹⁾. Der Begriff der sozialen Adäquanz entstammt dem Strafrecht, wo er namentlich von Welzel²⁾ entwickelt wurde. Mit diesem Begriff versucht Welzel die Verhaltensweisen zu erfassen, die tatbestandsmäßige Erfolge herbeiführen, die im Interesse eines reibungslosen Ablaufs des Gemeinschaftslebens als selbstverständlich und harmlos von der Rechtsordnung gebilligt werden müssen. Beispielsweise wird zwar derjenige, der mit der Bahn reist, "seiner Freiheit beraubt", weil er nicht aussteigen kann, wann und wo es ihm beliebt; aber diese "Freiheitsberaubung" wird nicht als rechtswidrig empfunden.

Nipperdey³⁾ ist der Ansicht, daß die Lehre von der sozialen Adäquanz nicht auf das Strafrecht beschränkt werden kann, sondern als allgemeines Prinzip auch im bürgerlichen Recht, insbesondere im Zusammenhang mit § 823 Abs. 1 BGB Anwendung finden müsse. Zunächst faßte Nipperdey wie Welzel die soziale Adäquanz als Tatbestandsmerkmal in dem Sinne auf, daß eine sozialadäquate Rechtsverletzung nicht tatbestandsmäßig i.S. des § 823 Abs. 1 BGB sein sollte. Da hiermit ein neues Tatbestandsmerkmal geschaffen worden wäre, das als "Sozialinadäquanz" bisher in § 823 Abs. 1 BGB nicht vorgesehen war, und dadurch der Gesetzestext einfach abgeändert worden wäre, gab Nipperdey diese Meinung nach einiger Zeit auf⁴⁾. Statt dessen vertritt er die Ansicht, daß das Recht am Gewerbebetrieb mit jeder Beeinträchtigung gewerblicher Tätigkeit verletzt werde. Die soziale Adäquanz eines Verhaltens bilde jedoch einen Rechtferti-

1) Nipperdey, Gutachten zum Zeitungsstreik, Schriftenreihe der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Heft 9, 1953; Enneccerus-Nipperdey, 15. Aufl., § 209 IV S. 1279 ff.; Hueck-Nipperdey II, § 49 V, S. 639 Anm. 34

2) Welzel, 5. Aufl., S. 68 ff., 106 ff.

3) Nipperdey, a. a. O.; Niese, Streik und Strafrecht, 1954, S. 27 ff.

4) Hueck-Nipperdey II, § 49 V S. 640, Anm. 36

gungsgrund, der dieses Verhalten seiner Rechtswidrigkeit entkleide. Fragt man danach, was inhaltlich unter dem Begriff der sozialen Adäquanz zu verstehen sei, so verweist Nipperdey ¹⁾ auf die Definition von Welzel ²⁾. Danach sind "alle Handlungen sozialadäquat, die sich völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozial-ethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen und von ihr gestattet werden". Insbesondere auf dem Gebiet des Arbeitskampfes hat Nipperdey versucht, den Begriff der sozialen Adäquanz durch die Aufstellung von acht Prinzipien zu konkretisieren ³⁾, die hier im einzelnen nicht wiedergegeben zu werden brauchen.

b) Schippel ⁴⁾ schlägt im Anschluß an die ältere Lehre von Welzel und Nipperdey, nach der die soziale Adäquanz zum Tatbestand gehöre, eine Lösung in Analogie zu § 240 StGB vor. Er hält den Begriff der sozialen Adäquanz für ein brauchbares Kriterium zur Abgrenzung der unrechtmäßigen Eingriffe in den Gewerbebetrieb von rechtmäßigen. Er wendet sich aber dagegen, daß sie einen Rechtfertigungsgrund darstelle. Nach seiner Meinung ist jede Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit zwar tatbestandsmäßig, indiziert jedoch noch nicht die Rechtswidrigkeit im Gegensatz zur Verletzung der anderen in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte und Rechtsgüter. Vielmehr gebe die Tatbestandsmäßigkeit im Falle der Beeinträchtigung eines Gewerbebetriebs erst Anlaß, die Rechtswidrigkeit des Eingriffs durch zusätzliche Prüfung der Sozialadäquanz des Eingriffs zu bestimmen. Soweit das Recht am Gewerbebetrieb in Frage stehe, sei § 823 Abs. 1 BGB wie § 240 StGB als sog. "offener Tatbestand" anzusehen, bei dem zuerst die Tatbestandsmäßigkeit festgestellt werden müsse, diese aber nicht die Rechtswidrigkeit indiziere, sondern eine positive Feststellung der Rechtswidrigkeit notwendig mache. Zur positiven

1) Hueck-Nipperdey II, a. a. O., § 49 V S. 639 Anm. 34

2) Welzel, 5. Aufl., S. 69

3) Hueck-Nipperdey II, § 49 V S. 641 ff.

4) Schippel, S. 71 ff.

Feststellung der Rechtswidrigkeit könne der Begriff der sozialen Adäquanz dienen.

c) Hubmann¹⁾ geht davon aus, daß die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in den Gewerbebetrieb gesondert und materiell bestimmt werden müsse. Zur materiellen Bestimmung der Rechtswidrigkeit führt er ein neues Kriterium in die Diskussion ein: den Begriff der Austauschbarkeit. Hubmann weist darauf hin, daß sich ein Unternehmen aus einer Vielzahl von materiellen und personellen Elementen zusammensetzt. Die bloße Verletzung dieser Einzelelemente werde in der Regel keine Verletzung des Unternehmens selbst darstellen. Denn die einzelnen Elemente könnten grundsätzlich ausgetauscht werden, ohne daß dadurch eine Beeinträchtigung des Unternehmens entstehe. Die Beeinträchtigung der austauschbaren Bestandteile bedeute keine Störung des gewerblichen Tätigkeitsbereichs oder eines Beteiligungsrechts. Der Bundesgerichtshof²⁾ habe daher mit Recht angenommen, daß die Verletzung einzelner Angestellter, nicht zugleich einen Eingriff in das Unternehmen darstelle. Nur dann, wenn die wesentlichen materiellen und personellen Grundlagen des Unternehmens beeinträchtigt würden und nach der Sachlage ein Ersatz nicht ohne weiteres möglich sei, werde man annehmen können, daß dann auch eine Verletzung des Rechts am Unternehmen vorliege. So könnte die Zerstörung des gemieteten Geschäftsraumes zugleich als ein Eingriff in das darin betriebene Unternehmen angesehen werden, wenn nach den Umständen eine Verlegung des Geschäfts nicht oder nur mit Schwierigkeiten möglich sei. Dieser Gedanke der Austauschbarkeit oder auch Auswechselbarkeit lasse ein neues Licht auf das von der Rechtsprechung geforderte Tatbestandsmerkmal der Unmittelbarkeit fallen, und zwar in dem Sinne, daß die Verletzung eines nicht austauschbaren oder auswechselbaren Bestandteils des Unternehmens einen un-

1) Hubmann, ZHR 117, 50 ff., 79

2) BGHZ 7, 30, 35

mittelbaren und damit rechtswidrigen Eingriff in das Unternehmen darstelle. Dieser Gedanke erfordere ein aufgegliedertes Recht am Unternehmen, das sowohl der Einheit des Unternehmens als auch der Austauschbarkeit und Verkehrsfähigkeit seiner einzelnen Teile gerecht werde. Dieses aufgegliederte Recht entspreche der Natur der Sache, nämlich der eigentümlichen Verknüpfung von Geistesgut und von dieses Geistesgut tragenden materiellen Substraten im Unternehmen. Die Annahme eines "einheitlichen" Rechts am Unternehmen würde zur Erstarrung des Unternehmens führen.

d) Auch nach Meinung Hefermehls¹⁾ kommt es entscheidend darauf an, die Widerrechtlichkeit des Eingriffs in den Gewerbebetrieb materiell zu bestimmen. Nach seiner Ansicht wird dabei allerdings die Grenze zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit verwischt. Die scharfe Trennung zwischen diesen beiden Deliktsmerkmalen sei bei dem Rechtsgut der Unternehmung nicht möglich, weil es sich hierbei um ein dynamisches Rechtsgut handle. Eine saubere Trennung beider Deliktsmerkmale sei nur bei statischen Rechtsgütern wie beispielsweise beim Sacheigentum möglich. Nur wo die scharfe Trennung der beiden Deliktsmerkmale gegeben sei, könne die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit indizieren. Die materielle Bestimmung der Rechtswidrigkeit müsse unter Anwendung der Güter- und Pflichtenabwägung vorgenommen werden, wobei die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen seien. Bei der Güter- und Pflichtenabwägung sei zu prüfen, ob das angewandte Mittel objektiv nach Inhalt, Form und Begleitumständen das gebotene, notwendige und schonendste Mittel zur Erreichung des rechtlich gebilligten Zweckes sei. Schließlich weist Hefermehl auch auf das von Hubmann vorgeschlagene Kriterium der Austauschbarkeit²⁾ und das von der Rechtsprechung

1) Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl. 1960, Allgemeine Grundlagen, Anm. 82 ff.

2) Hubmann, ZHR 117, 50 ff., 79

eingeführte Kriterium der Betriebsbezogenheit ¹⁾ hin.

e) Fikentscher ²⁾ sieht durch § 823 Abs. 1 BGB nicht nur absolute Rechte, sondern auch sog. "Rahmenrechte" als geschützt an. Solche Rahmenrechte seien das "Recht am Gewerbebetrieb" und das Persönlichkeitsrecht. Diese Rahmenrechte seien Rechtspositionen, die dem Rechtskreis einer bestimmten Person zwar zugeordnet, aber nicht so fest und klar wie die absoluten Rechte umrissen seien, sondern eine gewisse "Unschärfe" aufwiesen. Den Delikten, die durch Eingriffe in Rahmenrechte begangen werden, sei gemeinsam, daß ihre Rechtswidrigkeit nicht durch den Eingriff "indiziert" werde, sondern erst durch Güterabwägung zu gewinnen sei. Die Rahmenrechte seien erst durch Verhaltensnormen auf einem bestimmten Sachgebiet (hier des Wirtschaftslebens) auszufüllende "Rechtsbündel".

Der Übergang vom Bestandsschutz ³⁾ zum Tätigkeitsschutz ⁴⁾ innerhalb des Unternehmens, der im Laufe der Entwicklung der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb erfolgt sei, müsse als folgerichtig angesehen werden, weil Unternehmensbestand und Unternehmensführung sich nicht sinnvoll trennen ließen. Die Erweiterung des Deliktsschutzes um ein Recht an der "wirtschaftlichen Betätigung" sei zu befürworten. Denn der sondergesetzliche Schutz der freien und vor unlauteren Angriffen gesicherten wirtschaftlichen Betätigung durch GWB, UWG, RabattG usw. müsse notwendigerweise lückenhaft sein und damit auch ihr deliktischer Schutz durch § 823 Abs. 2 BGB. Diese Vorschrift setze Schutzgesetze voraus. Die Gesetzgebung könne jedoch nicht immer mit der fortlaufenden und sich schnell wandelnden Wirtschaftsentwicklung Schritt halten. Die Anerkennung eines "sonstigen Rechts" an der freien und lauterer wirtschaftlichen Betäti-

1) BGHZ 29, 65, 74

2) Fikentscher, Schuldrecht, § 103 II, S. 562 ff.

3) RGZ 73, 105, 107

4) BGHZ 3, 270, 280

gung innerhalb des Unternehmens sei demgegenüber der einzig gangbare und überdies weniger positivistische Weg.

Man könne aber noch einen Schritt weiter gehen: Habe man einmal die "Unternehmertätigkeit im Unternehmen" als schützenswert anerkannt, bestehe kein Grund, die "Unternehmertätigkeit als solche" nicht zu schützen. Hier zu unterscheiden, bedeute eine gegen Art. 3 GG verstoßende Andersbehandlung bestehender und erst zu gründender Unternehmen. Deliktsschutz verdienten vielmehr sowohl Bestand und Führung als auch Planung und Vorbereitung eines Unternehmens. Nicht nur die bestandssichernden Rechte, sondern auch die erwerbs-sichernden Freiheiten einer Person bedürften des rechtlichen Schutzes. Das Rahmenrecht am Unternehmen besitze also einen dreifachen Inhalt: Unternehmensbestand, Unternehmenstätigkeit, Schutz der freien und lauterer wirtschaftlichen Betätigung. Dieses Recht schütze die Persönlichkeit im Wirtschaftsleben, während das Persönlichkeitsrecht die private Sphäre abschirme.

Fikentscher verkennt aber auch nicht die Problematik dieses Rechts, nämlich die Frage der tatbestandsmäßigen Festlegung der Eingriffshandlung¹⁾. Er räumt ein, daß es Rechtsprechung und Lehre bisher nicht gelungen sei, Verhaltensnormen im wirtschaftlichen Bereich durch eine tatbestandsmäßige Festlegung der Eingriffshandlung näher zu bestimmen. Die Tauglichkeit des von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Merkmals der "Unmittelbarkeit" des Eingriffs zur Kennzeichnung seiner Rechtswidrigkeit sei zu bezweifeln. Dieses Merkmal verdecke den Kern des Problems, nämlich die Herausbildung von wirtschaftlichen Verhaltensnormen.

Andererseits stecke im Merkmal der Unmittelbarkeit des Eingriffs ein richtiger Gedanke:

Handlungen und Erfolg der Unternehmensverletzung müßten zueinander

1) Fikentscher, a.a.O., S. 566 ff.

in einem nahen sachlichen Zusammenhang stehen, wobei der Zusammenhang umso näher sein müsse, je technischer der Eingriff sei. Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs sei aus der Tatsache eines unmittelbaren Eingriffs in Bestand, Führung und Planung des Unternehmens jedoch noch nicht zu entnehmen. Sie ergebe sich vielmehr aus dem Verstoß gegen deliktische Verhaltensnormen, praktisch aus einer Abwägung von sozialem Handlungs- und Erfolgswert. Welche Interessen bei der Abwägung letztlich vorzuziehen seien, könne sich nur aus der Wertung des Richters ergeben.

f) In einer kürzlich erschienenen Schrift liefert Buchner einen interessanten Beitrag zur Diskussion über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ¹⁾.

Buchner ist der Ansicht, daß es zwar kein gesetzliches Recht am Gewerbebetrieb gäbe ²⁾. Die Rechtsprechung, die mit der Formel des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gearbeitet habe, habe aber das Recht fortgebildet, wie es nach unserer Rechtsordnung unter anderem Aufgabe der Gerichte sei ³⁾. Diese Rechtsfortbildung bestehe darin, daß in einzelnen Fällen Verhaltensweisen von der Rechtsprechung als rechtswidrig angesehen und mit einer Schadensersatzpflicht belegt worden seien, in denen nach dem Gesetz weder Rechtswidrigkeit noch Schadensersatzpflicht bestanden habe. Die Rechtsfortbildung schaffe Recht nur in den zur Entscheidung stehenden Einzelfällen. Soweit Vorentscheidungen für die Findung des Rechts im neuen Fall verwertet würden, geschehe dies im Wege einer Analogie: es werde die Rechtsähnlichkeit der Fälle festgestellt; dann würden die früher erarbeiteten maßgeblichen Bewertungsprinzipien zur Anwendung gebracht ⁴⁾. Wolle man den Schutzbereich des

1) Buchner, Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz. München 1971

2) Buchner, S. 23

3) Buchner, S. 34 ff., 61

4) Buchner, S. 61

Rechts am Gewerbebetrieb erfassen, müsse man die durch die Rechtsfortbildung und nicht durch das Gesetz als rechtswidrig und schadensersatzpflichtig erklärten Verhaltensweisen in Fallgruppen sammeln ¹⁾.

In diesen von der Rechtsprechung erfaßten Fällen könne man durchaus die Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb als die Verletzung eines "sonstigen Rechts" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB ansehen ²⁾. Die in § 823 Abs. 1 BGB angesprochenen Rechte seien der Reflex bestehender rechtlicher Verbote ³⁾. Subjektive Rechte würden durch Gebote und Verbote der objektiven Rechtsordnung festgelegt, die die allgemeine Handlungsfreiheit begrenzten. Soweit Gebote oder Verbote zugunsten bestimmter Personen bestünden und diese die Verletzung der in ihrem Interesse bestehenden Gebote und Verbote geltend machen könnten, könne man diese Positionen als subjektive Rechte bezeichnen ⁴⁾.

Es bestehe kein prinzipieller Unterschied zwischen dem Schutzsystem nach § 823 Abs. 1 BGB und dem nach § 823 Abs. 2 BGB ⁵⁾. Beide Vorschriften beträfen die Verletzung subjektiver Rechte ⁶⁾. Der Unterschied zwischen dem durch die Vorschriften des § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB gewährten Schutz bestehe allein in dem verschiedenen weiten Umfang des Schutzbereiches. Je enger der Schutzbereich werde, desto näher liege es, ihn im Wege eines Schutzgesetzes zu begründen ⁷⁾. Da ein prinzipieller Unterschied zwischen den Schutzsystemen des § 823 Abs. 1 und 823 Abs. 2 BGB nicht bestehe, seien die Gerichte in der Wahl ihres Ausgangspunktes für die Rechtsfortbildung frei gewesen. Die Heranziehung des § 823 Abs. 2 BGB, wie sie in der Literatur mitunter vorgeschlagen worden sei, könne gegenüber

1) Buchner, S. 115, S. 136 ff.

2) Buchner, S. 259

3) Buchner, S. 263

4) Buchner, S. 262

5) Buchner, S. 269

6) Buchner, S. 262

7) Buchner, S. 263

dem von der Rechtsprechung eingeschlagenen Weg keine Vorteile aufweisen¹⁾. Deshalb sei es richtig, daß in den Verhaltensweisen, die in der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb als rechtswidrig und schadensersatzpflichtig erklärt worden seien, die Verletzung eines sonstigen Rechts i.S. des § 823 Abs. 1 BGB gesehen werde. Auf einen Zuweisungsgehalt, wie er u.a. von Larenz, Esser, von Caemmerer gefordert werde, komme es nicht an. Das Recht am Gewerbebetrieb sei ein Recht ohne Zuweisungsgehalt²⁾.

Durch Herausarbeitung einzelner Fallgruppen aus der Rechtsprechung zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und nach Untersuchung des rechtlichen Gehalts einer jeden Fallgruppe kommt Buchner zu folgenden Ergebnissen:

"Läßt man ... die Fälle außer Betracht, in denen die Begründung zugestandener Ansprüche mit dem Recht am Gewerbebetrieb deshalb verfehlt war, weil sie bereits auf gesetzliche Bestimmungen gestützt werden konnten, und scheidet man die wenigen klagzusprechenden Urteile aus, die sachgerecht nicht begründet werden können und die auch aus der allgemeinen Linie der Rechtsprechung herausfallen, ergeben sich im wesentlichen folgende Tatbestände, in denen die Schadensersatzpflicht unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den Gewerbebetrieb abzuleiten ist:

die tätliche (körperliche) Behinderung eines Unternehmers bzw. seiner Mitarbeiter einschl. der den allgemeinen Geschäftsverkehr störenden Sperrung des Zugangs zu seinem Betrieb,

die Organisation und Durchführung eines sozial inadäquaten Streiks,

die unberechtigte Verwarnung gegenüber einem Unternehmer wegen angeblicher Verletzung eines Schutzrechts oder gesetzlicher (insbesondere wettbewerbliche) Vorschriften,

1) Buchner, S. 269

2) Buchner, S. 263, 265

politisch motivierte Boykottaufrufen unter Ausübung wirtschaftlichen Drucks auf den Adressaten des Aufrufs,

geschäftsschädigende Werturteile, soweit sie durch die tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerechtfertigt erscheinen,

wahre, geschäftsschädigende Äußerungen, die keinen sachlichen Bezug zu den gewerblichen Leistungen eines Unternehmens haben ¹⁾.

C) Zusammenfassung

Der Überblick über die Rechtsprechung und das Schrifttum zum Recht am Gewerbebetrieb zeigt, welche umfangreiche Erörterung diese Schöpfung der Rechtsprechung gefunden und anscheinend auch notwendig gemacht hat. Die Vielfalt der Argumente für und gegen die Annahme eines Rechts am Gewerbebetrieb, die in die nun schon Jahrzehnte währende Diskussion eingeführt worden sind, und die zahlreichen inzwischen ergangenen einschlägigen Gerichtsentscheidungen lassen es angezeigt erscheinen, die gesamte Problematik des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nochmals zu durchdenken. Zu diesem Zwecke sollen zunächst die Rechtsprechung und das Schrifttum kritisch betrachtet werden.

1) Buchner, S. 237 f.

II. KRITIK AN RECHTSPRECHUNG UND SCHRIFTTUM

A) Kritische Betrachtung der Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, des Bundesarbeitsgerichts und anderer Gerichte bestehen die Kriterien der Verletzung des Rechts am "eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" gemäß § 823 Abs. 1 BGB in der Unmittelbarkeit und Betriebsbezogenheit des Eingriffs einerseits und in der entsprechenden Interessenabwägung andererseits. Es ist jedoch zu fragen, ob diese Kriterien die zur Entscheidung eines konkreten Falles notwendige Aussagekraft besitzen.

Der Begriff der Betriebsbezogenheit ist in seiner Bedeutung unklar. Betriebsbezogen sind nach Meinung des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung vom 9. Dezember 1958 ¹⁾ Eingriffe, die sich "irgendwie gegen den Betrieb als solchen" und nicht gegen vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter wie Lastkraftwagen und Stromkabel richten. Diese Definition macht die Klärung des Begriffs des "Betriebs als solchen" erforderlich. Die genannte Entscheidung enthält dafür eine nähere Begriffsbestimmung. Unter Gewerbebetrieb versteht sie alles das, was in seiner Gesamtheit den Gewerbebetrieb zur Entfaltung und Betätigung in der Wirtschaft befähigt, also nicht nur Betriebsräume und Betriebsgrundstücke, Maschinen und Gerätschaften, Einrichtungsgegenstände und Warenvorräte, sondern auch Geschäftsverbindungen, Kundenkreis und Außenstände. Diese Begriffsbestimmung des Gewerbebetriebs ist insoweit zur Klärung des Begriffs des "Betriebs als solchen" logisch ungeeignet, als in ihr Rechte als Bestandteile des Betriebs aufgeführt werden, die als ohne weiteres vom Gewerbebetrieb ablösbar gelten müssen. Denn Betriebsräume, Betriebsgrundstücke, Maschinen, Gerätschaften,

1) BGHZ 29, 65, 74; Buchner S. 79/80

Einrichtungsgegenstände, Warenvorräte und Außenstände sind als Sacheigentum, Sachbesitz und Forderungen Rechte, die vom Gewerbebetrieb abgelöst werden können, ohne daß sich seine Eigenschaft als Gewerbebetrieb dadurch ändert. Der "Betrieb als solcher" umfaßt nach Meinung des Bundesgerichtshofs jedoch gerade nicht solche ohne weiteres ablösbaren Rechte. Die Darlegungen des Gerichts sind insoweit widersprüchlich. Von dem Kundenkreis und den Geschäftsverbindungen, die der Bundesgerichtshof ebenfalls als Bestandteile des Gewerbebetriebs aufführt, läßt sich dagegen nicht eindeutig sagen, ob sie ohne weiteres ablösbare Rechte darstellen oder nicht. Nur wenn sie tatsächlich keine ablösbaren Rechte wie Sacheigentum und Forderungen darstellten, könnten sie nach der Definition des Bundesgerichtshofs zum "Betrieb als solchen" gehören. Das hat der Gerichtshof aber nicht genauer untersucht. Der Begriff des "Betriebs als solchen" ist also in der Rechtsprechung nicht geklärt, obwohl der Begriff der Betriebsbezogenheit eine solche Klärung unbedingt erfordern würde ¹⁾.

Hierin liegt die Schwäche des Kriteriums der Betriebsbezogenheit, die seine Verwendung für die Entscheidung eines konkreten Falles praktisch ausschließt.

Mit Hilfe des Begriffs der Betriebsbezogenheit ist man also der Konkretisierung dessen, was mit dem Begriff der Unmittelbarkeit gemeint sein könnte, nicht näher gekommen.

Untersucht man den Begriff der Unmittelbarkeit, so stellt man fest, daß er im Zusammenhang mit dem Recht am Gewerbebetrieb völlig unbestimmt in seiner Aussage ist. Der Begriff der Unmittelbarkeit ist dem juristischen Sprachgebrauch im Schadensersatzrecht nicht fremd. Er kommt in verschiedener Bedeutung vor. Einmal wird er im Zusammenhang mit der Schadensverursachung zur Unterscheidung

1) Ernst Wolf, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Festschrift für Fritz von Hippel (1967) S. 665 ff., 669 f.

von unmittelbarem und mittelbarem Schaden verwendet ¹⁾. Zum anderen bezeichnet er in persönlicher Hinsicht das besondere Merkmal des § 823 Abs. 1 BGB, daß nach dieser Vorschrift nur der unmittelbar Geschädigte Ersatz verlangen kann (Ausnahme: §§ 844, 845 BGB). Die Unmittelbarkeit im ersten Sinne kann bezüglich des Rechts am Gewerbebetrieb nicht gemeint sein, weil nach der Fassung des § 823 Abs. 1 BGB die Frage der Schadensverursachung solange unerheblich ist, als nicht über das Vorliegen der Rechtsverletzung, um deren Feststellung es beim Recht am Gewerbebetrieb gerade geht, entschieden ist. Außerdem ist die Unterscheidung von mittelbarem und unmittelbarem Schaden bedeutungslos, weil jeder Schaden - nach § 252 BGB auch der mittelbare Schaden - zu ersetzen ist ²⁾. Auch die zweite Bedeutung des Begriffs der Unmittelbarkeit ist in der Frage der Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb ohne Nutzen. Denn daß bei Eingriffen in einen Gewerbebetrieb nur der Inhaber des geschädigten Betriebs und nicht etwa ein durch die Betriebsbeschädigung geschädigter Dritter Ersatz verlangen können soll, ist nie bezweifelt worden. Im Zusammenhang mit dem Recht am Gewerbebetrieb muß der Begriff der Unmittelbarkeit also eine andere Bedeutung haben. Welcher Art diese Bedeutung ist, wurde in der Rechtsprechung - wie der Bundesgerichtshof selbst feststellt - ³⁾ nicht definiert.

Eine Aussage über die Bedeutung der Unmittelbarkeit, allerdings nur eine einzige, ist bei diesem Stand der Rechtsprechung jedoch möglich: Der Begriff der Unmittelbarkeit ist dem Begriff der Widerrechtlichkeit i. S. von § 823 Abs. 1 BGB synonym. Das ergibt sich aus folgendem:

Die Widerrechtlichkeit i. S. von § 823 Abs. 1 BGB wird durch die

1) Palandt-Danckelmann, 26. Aufl., Vorbem. zu § 249 Anm. 2 f. Buchner, S. 76

2) Palandt-Danckelmann, 26. Aufl., Vorbem. vor § 249 Anm. 5 d aa. - Buchner, S. 76, 77 u. 79

3) BGHZ 29, 65, 73

Verletzung eines Rechts i.S. von § 823 Abs. 1 BGB bestimmt ¹⁾, auf der der eingetretene Schaden beruhen muß, um dem Geschädigten einen Anspruch auf Ersatz zu geben. Liegt irgendeine Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit vor, so ist damit nach der Rechtsprechung ein Vermögensschaden als erste Voraussetzung des § 823 Abs. 1 BGB gegeben, weil ein jeder Nachteil in den vermögenswerten Interessen einen solchen Vermögensschaden darstellt ²⁾. Tritt zu diesem Schaden i.S. von § 823 Abs. 1 BGB das Merkmal der Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung hinzu, so liegt nach der Rechtsprechung dem Schaden auch eine Rechtsverletzung zugrunde, wie sie § 823 Abs. 1 BGB als Voraussetzung fordert. Erfüllt also einerseits die Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit die Voraussetzung der Schädigung, so erfüllt andererseits die Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung die Voraussetzung der Rechtsverletzung und damit der Widerrechtlichkeit i.S. von § 823 Abs. 1 BGB. Unter dem Begriff der Unmittelbarkeit prüft der Richter daher in Wahrheit die Widerrechtlichkeit einer Schädigung. Die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit wird also durch den Begriff der Unmittelbarkeit nicht näher bestimmt, vielmehr ist mit der Unmittelbarkeit nur ein anderes Wort für Widerrechtlichkeit i.S. von § 823 Abs. 1 BGB gewählt worden. Da die Widerrechtlichkeit i.S. von § 823 Abs. 1 BGB durch die Verletzung eines Rechts bestimmt wird, über das Kriterium der Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb die Rechtsprechung aber keine andere Aussage enthält als die Verweisung auf die Widerrechtlichkeit, bleibt der Begriff der Widerrechtlichkeit notwendigerweise insoweit unbestimmt. Wird von dem Richter für die Fälle der Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit die Feststellung der Rechtswidrigkeit dieser Beeinträchtigung (oder ihrer Rechtmäßigkeit) verlangt, ohne daß er eine Auskunft darüber im Gesetz findet, so hat er die Rechtswidrigkeit nach dem Grundsatz

1) h. M. Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 234 II 1, S. 915 -
So insbes. auch die Rechtsprechung.

2) Enneccerus-Lehmann, § 14 I-III, S. 55 ff.
Larenz, Schuldrecht I, 1964, S. 151 ff., 152

der Interessenabwägung in jedem einzelnen Falle zu ermitteln¹⁾. Der gerechte Schadenausgleich bedarf dabei nicht nur der Beurteilung des Interesses des Verletzten, sondern auch des Interesses des Handelnden²⁾. Die Untersuchung des Begriffs der Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung gewerblicher Tätigkeit führt also, so wie er sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darstellt, zum Grundsatz der Interessenabwägung.

Als weiteres Kriterium zur Feststellung der Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb hat die Rechtsprechung das Nichteingreifen des Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen in analoger Anwendung des § 193 StGB genannt³⁾. Diesem Rechtfertigungsgrund liegt ebenfalls der Grundsatz der Interessenabwägung (Güter- und Pflichtenabwägung) zugrunde. Es ist also festzustellen, daß beide von der Rechtsprechung genannten Kriterien der Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb, der Begriff der Unmittelbarkeit und der der Wahrnehmung berechtigter Interessen, denselben sachlichen Inhalt haben, nämlich den Grundsatz der Interessenabwägung, und daß kein konkreteres Kriterium herausgearbeitet wurde als eben dieser allgemeine Grundsatz. Ob dabei die Interessenabwägung unter dem Gesichtspunkt der Unmittelbarkeit im Zusammenhang mit der Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit i. S. des § 823 Abs. 1 BGB oder erst im Zusammenhang mit der Prüfung des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit durch einen Rechtfertigungsgrund stattfindet, ist für das sachliche Ergebnis gleichgültig. In jedem Falle muß ein Vergleich des Interesses des Geschädigten mit dem Interesse des Schädigers an der Schädigung durch den Richter vorgenommen werden und nur, wenn dem Interesse des Geschädigten in der Wertung des Richters ein höherer Wert zukommt als dem des Schädigers, kann eine

1) RGZ 79, 397 ff. (Sirenenfall); RGSt. 61, 242, 254

2) Mugdan II S. 1074 II. Kommission

3) BGHZ 3, 270, 280; 8, 142, 144; 13, 210; 24, 200, 206;
29, 65, 74; 36, 18, 22

Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb vorliegen. In dieser Aussage erschöpft sich die Erklärung einer jahrzehntealten Rechtsprechung zu der Frage, wann eine Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb gegeben sei.

Man kann daher nicht umhin festzustellen, daß "zur Zeit bei Anwendung des Rechts am Gewerbebetrieb eine gewisse Rechtsunsicherheit besteht. Denn aus dem allgemeinen Satz, daß sich die Interessen des Unternehmers immer durchsetzen werden, wenn ihnen im Einzelfall nicht höherwertige Interessen entgegenstehen, kann der einzelne im allgemeinen wenig schließen" ¹⁾.

B) Kritische Betrachtung des Schrifttums

1) Wenn die Rechtsprechung zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bei einer kritischen Betrachtung die zur Rechtssicherheit notwendige Klarheit vermissen läßt, dann sind die Meinungen der Autoren zu untersuchen, die die Rechtsprechung befürworten und sich um die Ausräumung aller damit verbundenen Schwierigkeiten bemüht haben ²⁾.

a) Wenn Nipperdey in jeder Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit eine Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb sieht, die durch die soziale Adäquanz des beeinträchtigenden Verhaltens gerechtfertigt sein könne, dann erhebt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Eingriff in den Gewerbebetrieb sozialadäquat sei. Zur Beantwortung verweist Nipperdey auf die Definition von Welzel ³⁾⁴⁾. Danach sind "alle Handlungen sozial adäquat, die sich völlig innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ord-

1) Schippel, S. 66

2) Siehe oben S. 15 unter 3.

3) Hueck-Nipperdey II, § 49 V S. 639, Anm. 34

4) Welzel, 5. Aufl. S. 69

nung des Gemeinschaftslebens bewegen und von ihr gestattet werden". Auf Grund dieser Definition erweist sich der Rechtfertigungsgrund der Sozialadäquanz als inhaltlich ebenso unbestimmt wie der Grundsatz der Wahrnehmung berechtigter Interessen, der ebenfalls aus dem Strafrecht entlehnt ist und in der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb analoge Anwendung findet ¹⁾. Die Überlegungen Nipperdeys vermögen also nicht den Inhalt des Rechts am Gewerbebetrieb über das Ergebnis der Rechtsprechung hinaus zu konkretisieren. Zwar versucht Nipperdey auf dem Gebiet des Arbeitskampfes, den Begriff der sozialen Adäquanz durch die Aufstellung von einzelnen Prinzipien zu konkretisieren ²⁾. Da diese Prinzipien selbst wiederum recht allgemein gehalten sind und sich überdies lediglich auf einen Teil der Problematik des Rechts am Gewerbebetrieb beziehen, kommt man mit ihrer Hilfe der Lösung des Problems nur wenig näher.

b) Gegen den Lösungsversuch Schippels ³⁾, § 823 Abs. 1 BGB wie § 240 StGB als sog. "offenen Tatbestand" anzusehen, bei dem zuerst die Tatbestandsmäßigkeit festgestellt werden müsse, diese aber nicht die Rechtswidrigkeit indiziere, sondern eine positive Feststellung der Rechtswidrigkeit notwendig mache, lassen sich folgende Einwände er-

1) Vgl. Larenz NJW 55, 521, 523; BGHZ 3, 270, 280

2) Hueck-Nipperdey II, § 49 V, S. 641 ff.

Ein sozialadäquater Streik müsse kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllen:

1. Er müsse ein Kampf um die Gestaltung von Arbeitsbedingungen sein;
2. er müsse sich gegen den sozialen Gegenspieler richten;
3. er müsse von einer tariffähigen Partei geführt werden;
4. er müsse ein kollektivrechtliches Ziel verfolgen;
5. er müsse im Einklang mit den Grundsätzen des kollektiven Arbeitsrechts stehen;
6. er müsse die ultima ratio zur Erreichung des Kampfzieles darstellen;
7. er müsse fair geführt werden.

3) Schippel, S. 71 ff.

heben: Diese Gedankengänge bewegen sich nur um die formale Frage des Deliktsaufbaus im Zusammenhang mit der Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb. Konkrete Kriterien, die für die Feststellung der Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb Gültigkeit beanspruchen könnten, stellt Schippel nicht heraus. Bezüglich der Bestimmung des Inhalts des Rechts am Gewerbebetrieb verweist Schippel lediglich auf den von Nipperdey in das Zivilrecht eingeführten Begriff der Sozialadäquanz, dessen Brauchbarkeit bereits bezweifelt werden mußte.

c) Auch der Vorschlag Hubmanns ¹⁾, das von der Rechtsprechung geforderte Merkmal der Unmittelbarkeit des Eingriffs in den Gewerbebetrieb durch die sog. Austauschbarkeit oder Auswechselbarkeit der von dem Eingriff betroffenen Bestandteile des Unternehmens näher zu bestimmen, vermag nicht zu überzeugen. Gegen das Kriterium der Austauschbarkeit erhebt sich der Einwand, daß mit seiner Hilfe die bereits bestehenden Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der zulässigen von den unzulässigen Eingriffen in den Gewerbebetrieb nicht gemindert werden ²⁾. Denn eine Abgrenzung zwischen austauschbaren und nicht austauschbaren Bestandteilen eines Unternehmens ist ihrerseits mit großen Schwierigkeiten verbunden, ja praktisch unmöglich. Bei Verwendung des Kriteriums der Austauschbarkeit müßte beispielsweise ermittelt werden, welche in einem Unternehmen tätige Person ausgetauscht werden kann, ohne daß der Gewerbebetrieb dadurch beeinträchtigt wird, und welche nicht. Zwar wird ein Lehrling eher austauschbar sein als ein Abteilungsleiter, Prokurist oder der Unternehmer selber. Die wirtschaftliche Praxis zeigt jedoch, daß auch ein Abteilungsleiter, oder ein Prokurist austauschbar ist. Ja selbst der Unternehmer kann ohne Beeinträchtigung des Unternehmens ausgetauscht werden, anderenfalls wären Vererbung und Veräußerung von Unternehmen unter Wahrung der Identität nicht möglich. Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, daß letztlich durch die Verlet-

1) Hubmann, ZHR 117, 50 ff., 79

2) Reinhardt, Versicherungsrecht, Beiheft 1961
"Karlsruher Forum" S. 10, Anm. 67

zung einer jeden im Unternehmen tätigen Person der Betrieb beeinträchtigt wird. Es läßt sich also nicht absehen, auf welche Weise die in einem Unternehmen tätigen Personen nach ihrer Austauschbarkeit unterschieden werden können.

Von den einem Unternehmen gehörenden Sachen läßt sich dasselbe sagen. Sicher ist eine beschädigte Schreibmaschine eher austauschbar als ein beeinträchtigtes Betriebsgrundstück. Grundsätzlich ist aber auch ein Betriebsgrundstück unter Wahrung der Identität des Unternehmens austauschbar. Andererseits wird ein Unternehmen durch die Beschädigung einer jeden Sache, die ihm gehört, beeinträchtigt. Wie man sieht, ist der Begriff der Austauschbarkeit derart unbestimmt in seinem Inhalt, daß man mit seiner Hilfe der Konkretisierung der Rechtswidrigkeit der Eingriffe in den Gewerbebetrieb auch nicht näher kommen kann. Darüberhinaus würde das Kriterium der Austauschbarkeit zu ganz anderen Ergebnissen führen als die Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb bisher geführt hat; denn die Verletzung von Personen und Sachen, die zu einem Betrieb gehören, ist, wie noch zu zeigen sein wird, niemals als Eingriff in den Gewerbebetrieb angesehen worden.

d) Auch die Ausführungen Hefermehls ¹⁾ führen nicht zur Lösung des Problems.

Mit seiner Forderung, die materielle Bestimmung der Rechtswidrigkeit durch eine Güter- und Pflichtenabwägung vorzunehmen, faßt er lediglich das Ergebnis der Rechtsprechung nochmals zusammen, ohne jedoch darüberhinaus einen Weg zur Beseitigung der bestehenden Rechtsunsicherheit aufzuzeigen.

e) Gegen die Darlegungen Fikentschers ²⁾, daß § 823 Abs. 1 BGB als "sonstige Rechte" absolute Rechte einerseits und sogen. "Rahmen-

1) Baumbach-Hefermehl, Allgemeine Grundlagen Anm. 83 ff. 9. Aufl.

2) Fikentscher, § 103 II, S. 562 ff.

rechte" andererseits schütze, sind zwei Einwände zu erheben, ein dogmatischer und einer in Bezug auf die inhaltliche Bestimmung des Rechts am Gewerbebetrieb. Das Recht am Gewerbebetrieb selbst wurde von der Rechtsprechung als ein subjektives absolutes Recht angesehen ¹⁾. Demgegenüber stellt die Meinung Fikentschers, daß § 823 Abs. 1 BGB neben absoluten Rechten auch sog. "Rahmenrechte" schütze, die sich in ihrer Eigenart von den subjektiven absoluten Rechten unterscheiden, eine völlig neue Theorie dar. Fikentscher bietet für diese neue Theorie keine Begründung an, sondern geht davon aus, daß es so sei. Die Frage, aus welchem Grunde "Rahmenrechte" dogmatisch als "sonstige Rechte" anzusehen sind, bleibt offen. Hinsichtlich der inhaltlichen Bestimmung des Rechts am Unternehmen sagt Fikentscher, daß das von der Rechtsprechung entwickelte Kriterium der Unmittelbarkeit kein taugliches Mittel darstellt und daß Verhaltensnormen zur Kennzeichnung der unzulässigen Eingriffe in den Gewerbebetrieb herausgearbeitet werden müßten. Er läßt es aber bei dieser Feststellung bewenden, ohne konkrete Verhaltensnormen aufzuzeigen, die den Inhalt des Rechts am Gewerbebetrieb näher zu bestimmen vermöchten; zur Lösung des Problems verweist er wie Hefermehl ²⁾ und die Rechtsprechung ³⁾ auf die Notwendigkeit der Interessenabwägung im Einzelfall. Damit ist auch er der inhaltlichen Bestimmung des Rechts am Gewerbebetrieb keinen Schritt näher gekommen als die Rechtsprechung selbst. Bei dieser Sachlage, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Recht an der Unternehmertätigkeit schlechthin auffassen zu wollen ⁴⁾, sei es als Recht an der Unternehmertätigkeit in einem bestehenden Be-

1) RGZ 58, 24 ff.

Dagegen wird neuerdings wieder von Koziol (S. 171 ff.) und Löwisch (S. 47, 80, 146, 147) die Ansicht vertreten, daß der Begriff des "sonstigen Rechts" unter bestimmten Voraussetzungen auch relative Rechte umfasse. Vgl. dazu Text S. 54, 55

2) Vgl. Text S. 19, 34

3) Vgl. Text S. 6 ff.

4) Fikentscher, Schuldrecht, § 103 II S. 562 ff.

trieb ¹⁾, sei es als Recht an einer Unternehmertätigkeit hinsichtlich eines erst noch zu gründenden Unternehmens ²⁾, erscheint undurchführbar.

f) Buchners Arbeit ist insofern sehr verdienstvoll, als er die verschiedenen konkreten Sachverhalte, die Gegenstand der Rechtsprechung zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sind, in verschiedene Fallgruppen einteilt und an Hand dieser Fallgruppen die verschiedenen Interessengegensätze herausarbeitet, die der rechtlichen Beurteilung bedürfen ³⁾.

Diese Arbeit trägt zur Präzisierung der rechtswissenschaftlichen Diskussion über das Recht am Gewerbebetrieb bei, einer Diskussion, die vielfach an einer zu stark generalisierenden Betrachtungsweise leidet.

Buchners Untersuchung zeigt zutreffend, daß nur einzelne bestimmte Verhaltensweisen, die eine Beeinträchtigung der mit einem Unternehmen verbundenen Interessen zufolge haben, Gegenstand der Rechtsprechung zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gewesen sind ⁴⁾.

Buchner verdient außerdem Zustimmung, wenn er die Frage aufwirft, ob die Rechtsprechung das Recht dadurch fortgebildet und damit lückenausfüllend gewirkt habe, daß sie einzelne ein Unternehmen beeinträchtigende Verhaltensweisen als rechtswidrig und schadensersatzpflichtig angesehen habe, obwohl sich diese Ergebnisse nicht aus dem Gesetz herleiten lassen ⁵⁾.

Es ist jedoch zu bedenken, ob Buchner die zur Beantwortung dieser Frage notwendigen Voraussetzungen in seiner Untersuchung geklärt hat.

1) Fikentscher, a. a. O.

2) Fikentscher, a. a. O.

3) Buchner, a. a. O., S. 115, 135 ff., 237 f.

4) Buchner, a. a. O., S. 237 ff., 259

5) Buchner, a. a. O., S. 34 ff., 61 ff.

Buchner selbst vertritt die Ansicht, daß eine Rechtsfortbildung nur im Rahmen der geltenden Rechtsordnung und ihrer einschlägigen Vorschriften stattfinden kann ¹⁾.

Dies bedeutet aber, daß, bevor die Frage der Rechtsfortbildung beantwortet werden kann, zunächst die Tragweite der wichtigsten Vorschriften des Rechts der unerlaubten Handlungen, insbesondere der Vorschriften der §§ 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB untersucht werden muß. Das Problem der Tragweite dieser Vorschriften ist gerade in der Diskussion über das Recht am Gewerbebetrieb umstritten und erschwert diese Kontroverse außerordentlich. Erst nach Klärung dieses Problems kann beurteilt werden, ob die Ergebnisse der Rechtsprechung zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb angesichts der geltenden Rechtsordnung zu bejahen sind und ob in dieser Rechtsprechung unter Umständen eine Rechtsfortbildung zu sehen ist.

Wenn Buchner in dem letzten Kapitel seiner Arbeit die Ansicht vertritt, der Unterschied zwischen dem in § 823 Abs. 1 und dem in § 823 Abs. 2 BGB gewährten Schutze bestehe allein in dem verschiedenen weiten Umfang des Schutzbereichs ²⁾ ohne daß er angibt, welcher Umfang des Schutzbereichs für die eine oder andere Bestimmung maßgebend sein soll, so kann ihm darin nicht gefolgt werden. Zwar ist es richtig, daß für die Frage der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens sowohl nach § 823 Abs. 1 BGB als auch nach § 823 Abs. 2 BGB das Bestehen oder nicht Bestehen einer Verbotsnorm ausschlaggebend ist. Das bedeutet aber nicht, daß man den vom Gesetzgeber gewollten Unterschied zwischen § 823 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB verwischen darf. Was immer unter dem Begriff "sonstiges Recht" zu verstehen sein mag, sicher ist, daß er nicht mit dem Begriff des Schutzgesetzes gleichgesetzt werden darf. Anderenfalls wäre eine der

1) Buchner, a. a. O., S. 258

2) Buchner, a. a. O., S. 269

beiden Vorschriften überflüssig.

Deshalb kann auch Buchners Ansicht nicht zutreffen, daß die Rechtsprechung in der Wahl ihres Ausgangspunktes für die Rechtsfortbildung, nämlich in der Wahl des § 823 Abs. 1 BGB, frei gewesen sei ¹⁾. Es bleibt vielmehr zweifelhaft, ob § 823 Abs. 1 BGB der richtige Ansatzpunkt für die Rechtsprechung gewesen ist.

Wenn Buchner also darauf verzichtet, an den Anfang seiner Untersuchung eine Klärung des Rechts der unerlaubten Handlungen, insbesondere des § 823 Abs. 1 BGB zu stellen, so ist nicht ersichtlich, woraus sich der Maßstab für die Frage ergeben soll, ob die Ergebnisse der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb zu bejahen und als eine "notwendige" Rechtsfortbildung anzusehen sind ²⁾.

Es bleiben deshalb in Buchners Arbeit auch einige konkrete Einzelfragen unbeantwortet, z. B. folgende:

1. Entspricht die nach Ansicht Buchners im Wege der Rechtsfortbildung gewonnene Norm, daß tatsächliche (körperliche) Behinderungen eines Unternehmers bzw. seiner Mitarbeiter immer rechtswidrige Eingriffe in ein Unternehmen sein sollen, wirklich dem geltenden Recht? ³⁾

Soll tatsächlich jede Behinderung, also auch die fahrlässige Körperverletzung eines Mitarbeiters, einen Eingriff in den Gewerbebetrieb darstellen?

2. Ist es wirklich mit unserer Rechtsordnung vereinbar, daß wahre Behauptungen, die geschäftsschädigend wirken, rechtswidrig sein sollen, wenn sie keinen sachlichen Bezug zu den gewerblichen Leistungen eines Unternehmers haben? ⁴⁾

1) Buchner, a. a. O., S. 269

2) Buchner, a. a. O., S. 251

3) Buchner, a. a. O., S. 237, 65 ff.

4) Buchner, a. a. O., S. 237, S. 222

3. Entspricht es tatsächlich unserer Rechtsordnung, daß kritische Werturteile, die geschäftsschädigend wirken, immer rechtswidrig sind, wenn sie sich nicht durch die tatsächlichen Gegebenheiten rechtfertigen lassen? ¹⁾

Mit der Frage, inwieweit tatsächliche Behinderungen von Mitarbeitern als Eingriffe in ein Unternehmen verboten sein sollen, wird u. a. das Problem angesprochen, ob der nur mittelbar Geschädigte nach § 823 Abs. 1 BGB Schadensersatz verlangen kann. Buchners Ausführungen zu dieser Frage können nicht überzeugen, wenn er lediglich darauf verweist, daß bereits mit der ersten Entscheidung zum Recht am Gewerbebetrieb "die Abgrenzung der §§ 823 ff. BGB ... durchbrochen" wurde und daß es allein gelte, "abzuwägen, wie weit in dieser Richtung zu gehen ist" ²⁾.

Hinsichtlich der geschäftsschädigenden wahren Behauptungen beschränkt sich Buchner auf die Feststellung, die Ergebnisse der Rechtsprechung ließen sich tatbestandsmäßig noch nicht festlegen. Es könne jedoch als gesichert angesehen werden, daß die Gerichte in engen Grenzen Rechtsschutz auch gegenüber solchen geschäftsschädigenden Äußerungen gewähren würden ³⁾.

Hinsichtlich der geschäftsschädigenden Werturteile führt er aus, daß auch gegen diese im Ergebnis nur in ganz engem Rahmen Rechtsschutz wegen Eingriffs in den Gewerbebetrieb gewährt werde ⁴⁾.

Diese Antworten sind meines Erachtens im Hinblick auf ihre Brauchbarkeit für künftige Fallentscheidungen unbefriedigend, insbesondere wenn man bedenkt, daß es das Anliegen der Arbeit Buchners ist, die konkreten Verbotsnormen herauszuarbeiten, die durch Rechtsfortbildung begründet worden sein sollen. Insofern läßt die im übrigen sehr

1) Buchner, a. a. O., S. 237, S. 226

2) Buchner, a. a. O., S. 163, S. 164

3) Buchner, a. a. O., S. 222

4) Buchner, a. a. O., S. 226

verdienstvolle Arbeit Buchners noch wichtige Probleme offen.

2) Schließlich ist noch auf die Meinungen von Larenz und Lehmann einzugehen, die beide zwar das Recht am Gewerbebetrieb im Grunde als eine verfehlte Rechtsfortbildung ansehen, aber dennoch bemüht sind, die Schwierigkeiten, die mit diesem Recht in der Praxis der Gerichte verbunden sind, zu mildern.

a) Ähnlich wie Fikentscher unterscheidet Larenz ¹⁾ zwischen zwei Arten von Rechten, die als "sonstige Rechte" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB anzusehen seien. Zu der einen Gruppe gehören die "klassischen" Rechte, während die andere Gruppe aus dem Recht am Gewerbebetrieb und dem Persönlichkeitsrecht gebildet wird.

Gegen diese Gruppenbildung unter dem Begriff des "sonstigen Rechts" sind dieselben Bedenken anzumelden, die schon gegen Fikentschers Zweiteilung in absolute Rechte und "Rahmenrechte" vorgebracht worden sind. Hinzu kommt, daß Larenz zwar wie Schippel ²⁾ der Auffassung ist, beim Recht am Gewerbebetrieb indiziere die Tatbestandsmäßigkeit nicht die Rechtswidrigkeit, gleichzeitig aber die Meinung vertritt, daß für die Fälle der "klassischen" Rechte (Eigentum, beschränkt dingliche Rechte, Urheberrechte etc.) in § 823 Abs. 1 BGB mit der Tatbestandsmäßigkeit auch die Rechtswidrigkeit gegeben sei, falls nicht einer der "traditionellen" Rechtfertigungsgründe vorliege ³⁾. Es stellt doch dogmatisch eine sonderbare Erscheinung dar, wenn die Rechtsverletzung in § 823 Abs. 1 BGB grundsätzlich die Rechtswidrigkeit indizieren soll, dies aber im Falle des Rechts am Gewerbebetrieb und des Persönlichkeitsrechts nicht gelten soll.

Inhaltlich versuchte Larenz die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in den Gewerbebetrieb durch den Begriff der Zweckrichtung des Eingriffs

1) Larenz, Schuldrecht II, 5. Aufl., 1962, S. 373 ff.

2) Schippel, S. 71 ff.

3) Enneccerus-Lehmann, 15. Aufl., § 234 II 1, S. 915;
§ 231 III S. 902 ff.

zu bestimmen ¹⁾. Dieses Kriterium muß aber bei fahrlässigen Eingriffen i.S. des § 823 Abs. 1 BGB versagen. Denn ein durch einen Zweck, also teleologisch bestimmter Eingriff in den Gewerbebetrieb setzt eine bestimmte Absicht, einen Vorsatz voraus ²⁾. Für die fahrlässig herbeigeführten Eingriffe in den Gewerbebetrieb, die sogar zahlenmäßig überwiegen werden, läßt sich die Rechtswidrigkeit nicht mit Hilfe des Begriffs des Zwecks konkretisieren. Insoweit bleibt auch bei Larenz der Begriff der Rechtswidrigkeit des Eingriffs in den Gewerbebetrieb unbestimmt.

b) Lehmann ³⁾ berührt den Kern des Problems, wenn er sagt, daß der Begriff des absoluten Rechts in seiner Anwendung auf das Recht am Gewerbebetrieb fragwürdig ist. Sein Vorschlag, unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit innerhalb des § 826 BGB anstatt unter dem Gesichtspunkt der Rechtsverletzungen i.S. des § 823 Abs. 1 BGB die Beeinträchtigungen eines Gewerbebetriebes auf ihre fehlende Rechtmäßigkeit hin zu prüfen, bringt jedoch keine Lösung. Sicherlich werden manche Beeinträchtigungen eines Gewerbebetriebes als sittenwidrig i.S. des § 826 BGB angesehen werden können. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß bestimmte Verhaltensweisen, die Beeinträchtigungen eines Gewerbebetriebs herbeiführen, auch (oder nur) rechtswidrig i.S. des § 823 BGB sein können. Lehmann trägt diesem Einwand insofern Rechnung, als er sagt, eine völlig befriedigende Lösung des Problems könne nur eine gesetzliche Generalklausel bringen, die die bestehenden Vorschriften dadurch ergänze, daß sie unbefugte Eingriffe in den Bereich des Gewerbebetriebs für rechtswidrig erkläre.

Da die von Lehmann geforderte Generalklausel nicht Gesetz geworden ist, bleibt zu klären, inwieweit ohne diese Generalklausel die einen

1) Larenz, NJW 1956, 1719

2) BGHZ 29, 69

3) Enneccerus-Lehmann, 15. Aufl., § 234 I 1 b S. 912

Gewerbebetrieb beeinträchtigenden Verhaltensweisen rechtswidrig (nicht sittenwidrig) sind. Lehmann möchte mit Hilfe des Begriffs der Betriebsbezogenheit ¹⁾, den die Rechtsprechung in die Diskussion einführte ²⁾, im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB die rechtmäßigen von den rechtswidrigen Eingriffen in den Gewerbebetrieb abgrenzen. Daß jedoch diese Möglichkeit besteht, darf nach der kritischen Betrachtung der Rechtsprechung und des Vorschlags von Larenz, die Rechtswidrigkeit durch den der Handlung zugrunde liegenden Zweck festzustellen, verneint werden.

Die Frage nach einem eindeutigen Kriterium für die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs in den Gewerbebetrieb bleibt also offen.

C) Zusammenfassung

Versucht man die in Rechtsprechung und Literatur unterbreiteten Vorschläge zum Problem der Konkretisierung dessen, was unter einem rechtswidrigen Eingriff in den Gewerbebetrieb zu verstehen ist, zusammenzufassen, so ergibt sich folgendes:

- 1) Von der Rechtsprechung und von jedem einzelnen der Autoren wird eine andere Lösung des Problems vorgeschlagen:

Es wird die Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit als Rechtsverletzung betrachtet, wenn sie "unmittelbar" oder "betriebsbezogen" erfolgt und der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht gegeben ist (Rechtsprechung); es wird die Beeinträchtigung der gewerblichen Tätigkeit immer als Rechtsverletzung i. S. des § 823 Abs. 1 BGB angesehen, falls nicht der Rechtfertigungsgrund der Sozialadäquanz vorliegt (Nipperdey); es wird § 823 Abs. 1 BGB als sog. "offener Tatbestand" angesehen, bei dem neben der Tatbestandsmäßigkeit auch die Rechtswidrigkeit positiv festgestellt

1) Lehmann NJW 1959, 670

2) BGHZ 29, 65 ff.

werden muß (Schippel); es wird die materielle Bestimmung der Rechtswidrigkeit durch Güterabwägung und Bewertung der Zweck-Mittel-Relation gefordert (Hefermehl); es wird versucht, die Rechtsverletzung i.S. des § 823 Abs. 1 BGB mit Hilfe des Begriffes der Austauschbarkeit der von dem Eingriff betroffenen Unternehmensbestandteile zu bestimmen (Hubmann); es wird die Verletzung eines "Rahmenrechts" (Fikentscher) oder eines nicht "klassischen" Rechts i.S. des § 823 Abs. 1 BGB (Larenz) als Rechtsverletzung erachtet; es wird das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Breviloquenz für die Begründung von Verboten einzelner, ein Unternehmen beeinträchtigender Verhaltensweisen durch richterliche Rechtsfortbildung angesehen (Buchner); schließlich wird eine direkte Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB überhaupt abgelehnt (Lehmann).

2) Rechtsprechung und Schrifttum stimmen jedoch darin überein, daß zur Bestimmung der materiellen Rechtswidrigkeit die Tatbestandsmäßigkeit i.S. des § 823 Abs. 1 BGB einerseits und die überkommenen Rechtfertigungsgründe wie Notwehr, Notstand, Einwilligung usw. andererseits nicht genügen. Es muß vielmehr nach Meinung von Rechtsprechung und Schrifttum noch ein Drittes hinzukommen. Dieses dritte Element trägt bei den einzelnen Autoren ganz verschiedene Namen: Sozialadäquanz, Austauschbarkeit, Zweckrichtung, Güter- und Pflichtenabwägung, Feststellung der Zweckmittelrelation, positive oder materielle Bestimmung der Rechtswidrigkeit, "Unmittelbarkeit", "Betriebsbezogenheit", und "Wahrnehmung berechtigter Interessen".

Aus diesen Begriffen ergibt sich aber nicht mit hinreichender Deutlichkeit, warum nach Entscheidungen der Gerichte beispielsweise scharfe Kritik an einer Zeitschrift, in deren Verlauf diese Zeitschrift als "fragwürdiges Kulturerzeugnis" bezeichnet wird, eine Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb darstellen soll ¹⁾, während dies bei scharfer Kritik an Herstellung und Vertrieb von sogenannten Erdstrah-

1) BGHZ 3, 270 ff.

lungsapparaten, die mit widersprüchlichen Gebrauchsanweisungen versehen sind, nicht der Fall sein soll ¹⁾. Ebenso wenig läßt sich verstehen, warum die Unterbrechung eines Stromkabels, durch die ein Betrieb mehrere Stunden lang lahmgelegt wurde, das Recht am Gewerbebetrieb nicht beeinträchtigt hat ²⁾, während eine solche Rechtsverletzung bei der Beeinträchtigung des Betriebs einer Mühle durch Rückstau des Mühlwassers bejaht wurde ³⁾.

Wenngleich die genannten Begriffe also zur Lösung des Problems wenig beitragen, so ist ihnen doch eines zu entnehmen: Sie alle verweisen dadurch, daß von ihnen die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Eingriffs in den Gewerbebetrieb abhängen soll, auf die Notwendigkeit der gesonderten Bestimmung dieser Rechtswidrigkeit selbst. Mit anderen Worten: die Aufgabe, konkrete Kriterien für den Tatbestand der Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb zu suchen, harrt noch ihrer Lösung. Dies ist der Grund für Schippels Feststellung, auf dem Gebiete des Unternehmensschutzes sei zur Zeit eine gewisse Rechtsunsicherheit nicht zu leugnen ⁴⁾.

1) BGH LM Nr. 11 zu § 823 BGB (Ai)

2) BGHZ 29, 69 ff.

3) RG Recht 1911 Nr. 3317

4) Schippel, S. 66

III. METHODE DER EIGENEN UNTERSUCHUNG

Wenn nach der Rechtsprechung die Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb oder Unternehmen die Verletzung eines "sonstigen Rechts" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB darstellt, so müssen die Voraussetzungen der Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb dieselben sein, wie die der Verletzung eines "sonstigen Rechts". Es stellt sich daher zunächst die Frage, welche Voraussetzungen die Verletzung eines "sonstigen Rechts" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB erfordert.

Die Voraussetzungen der Verletzung eines "sonstigen Rechts" hängen von der Klärung des Begriffs des "sonstigen Rechts" und seiner Funktion ab, die dieser Begriff im Recht der unerlaubten Handlung erfüllen soll.

Hat man die Kriterien des "sonstigen Rechts" erkannt, so ist zu untersuchen, ob die Rechtsordnung Normen enthält, die ein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gewähren. Es ist ferner zu untersuchen, ob die in den Entscheidungen der Rechtsprechung zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb behandelten Verhaltensweisen sich als Verletzung eines "sonstigen Rechts" charakterisieren lassen.

Soweit sich diese Verhaltensweisen nicht als Verletzung eines "sonstigen Rechts" charakterisieren lassen, bleibt zu klären, ob diese Verhaltensweisen einen anderen Tatbestand der unerlaubten Handlung erfüllen. In Frage kommen in diesem Zusammenhang insbesondere die Vorschriften des § 823 Abs. 2, § 824 und § 826 BGB. Damit wird ein Hinweis von Reinhardt ¹⁾, Gieseke ²⁾ und Deutsch ³⁾ aufgegriffen, daß nicht alle möglichen Fälle der rechtswidrigen Beeinträchtigung eines

1) Reinhardt, Versicherungsrecht, Beiheft "Karlsruher Forum" 1961, S. 88 ff.

2) Gieseke, GRUR 1950, 298, 310

3) Deutsch, JZ 1963, 385 ff.

Gewerbebetriebes unter § 823 Abs. 1 BGB zu fallen brauchen, sondern möglicherweise nur einige, während andere unter Umständen die Tatbestände anderer Vorschriften des Rechts der unerlaubten Handlungen erfüllen könnten. Sollten solche anderweitigen Vorschriften anwendbar sein, so würden sich aus diesen Normen die Kriterien der Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung geschäftlicher Interessen ergeben, deren Bestimmung in Rechtsprechung und Literatur zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nachhaltig gefordert wird ¹⁾.

1) Vgl. oben S. 44

II. Teil

Untersuchung der Möglichkeit der Annahme eines Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb im geltenden Recht

I. DER GRUNDTATBESTAND DES § 823 ABS. 1 BGB

A) Das "sonstige Recht" in der Sicht von Literatur und Rechtsprechung

Über den Inhalt des Begriffs "ein sonstiges Recht" in § 823 Abs. 1 BGB, unter den nach der Rechtsprechung auch das Recht am Gewerbebetrieb fallen soll, bestanden immer schon, sowohl bei den Beratungen des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches als auch nach dessen Inkrafttreten, Meinungsverschiedenheiten. Oertmann¹⁾ bezeichnete im Jahre 1900 die Streitfrage als "eine der hartnäckigsten und bisher am wenigsten geklärten", und etwa dreißig Jahre später sprach Hedemann noch von der "gefährlichen, fast berüchtigten Klausel, 'oder ein sonstiges Recht'"²⁾.

1) Die Unklarheiten wurden durch die zusammenfassende Aufzählung "das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht" in § 823 Abs. 1 BGB verursacht. Aus dieser Formulierung konnte man einerseits entnehmen, daß die persönlichen Lebensgüter, das Leben, der Körper, die Gesundheit und die Freiheit als subjektive absolute Rechte gleich dem Eigentum anerkannt worden seien, weil sie mit dem Eigentum unter dem Begriff "sonstiges Recht" zusammengefaßt worden seien³⁾.

Andererseits konnte diese Formulierung so ausgelegt werden, daß der Begriff "sonstiges Recht" nicht wörtlich aufzufassen sei, sondern daß

1) Oertmann in Festgabe für Dernburg, 1900, S. 63

2) Hedemann, S. 436

3) Vgl. Oertmann, 3./4. Aufl., § 823 Anm. 1

die Zusammenfassung der Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit mit dem Recht Eigentum zu dem Schluß zwingt, daß unter "sonstigem Recht" jedes geschützte Interesse zu verstehen sei ¹⁾.

Schließlich schälte sich eine herrschende Meinung heraus, die sowohl die These ablehnte, daß die genannten persönlichen Rechtsgüter subjektive Rechte seien, als auch den Gedanken, daß mit "sonstigem Recht" jedes rechtlich geschützte Interesse gemeint sei. Sie sieht den Begriff "sonstiges Recht" allein mit dem des Eigentums verbunden und folgert daraus, daß unter "sonstigem Recht" nur subjektive absolute Rechte zu verstehen seien ²⁾.

Daneben bildete sich eine ebenfalls weitverbreitete Meinung, die als "sonstiges Recht" zwar auch nur subjektive absolute Rechte anerkennt, die darüber hinaus aber fordert, daß die subjektiven absoluten Rechte ein weiteres Merkmal aufweisen müßten, um als "sonstiges Recht" gelten zu können. Dieses Merkmal wird in der gegenständlichen Verkörperung des Rechtsobjektes und dem daraus folgenden ausschließlichen und generellen Schutz gesehen. Das "sonstige Recht" habe mit dem Eigentum den Rechtscharakter gemeinsam, mit dem Eigentum und den Rechtsgütern jedoch die Eigenschaft, daß das Rechtsobjekt sich gegenständlich verkörpere und einen ausschließlichen und generellen Schutz genieße. Nur bei Vorliegen eines der anerkannten typischen Rechte zum Eingriff wie z. B. Notwehr, Notstand, Einwilligung usw. sei der Eingriff erlaubt. Schulz-Schäffer nennt ein subjektives Recht, das diese Eigenart aufweist, eine Imperativpotenz ^{3) 4)}.

Das Reichsgericht ging in seiner Entscheidung, in der es erstmalig das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aner-

1) v. Liszt, S. 21

2) Planck, 3. Aufl., Anm. II 1 zu § 823 Abs. 1 BGB;
Oertmann, a. a. O.

3) Schulz-Schäffer, S. 111, 118

4) Ebenso Reinhardt, Das Persönlichkeitsrecht in der geltenden Rechtsordnung, S. 14 unter Bezugnahme auf Schulz-Schäffer

kannte ¹⁾, ebenfalls von der Vorstellung aus, daß das Rechtsobjekt sich gegenständlich verkörpern müsse, wenn es sagt:

"Dadurch daß es sich bei dem bestehenden Gewerbebetrieb nicht bloß um die freie Willensbetätigung des Gewerbetreibenden handelt, sondern dieser Wille darin bereits seine gegenständliche Verkörperung gefunden hat, ist eine feste Grundlage für die Annahme eines subjektiven Rechts an diesem Betrieb gegeben. Störungen und Beeinträchtigungen, welche sich unmittelbar gegen den Gewerbebetrieb richten, dürfen deshalb als eine unter § 823 Abs. 1 BGB fallende Rechtsverletzung angesehen werden".

Dieselben Gedanken kommen in einer anderen Entscheidung ebenfalls zum Ausdruck ²⁾:

"Mit der Übergabe der Mietsache erwächst das Recht des Mieters dem reinen Obligationenrecht. Es bestehen nicht mehr bloß zwischen den obligatorisch Verbundenen Rechte und Pflichten, sondern jedermann hat das durch den Besitz erkennbare Mietrecht zu achten".

Franz Leonhard ³⁾ kommt dieser Auffassung insofern nahe, als er die begriffliche Einteilung in relative und absolute Rechte für die Charakterisierung des "sonstigen Rechts" zwar verwirft, aber auf die Verletzung von rechtlichen Gegenständen abstellt, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einem Körper stehen. Er bejaht diesen Zusammenhang beispielsweise für Namen und Bild, verneint ihn jedoch hinsichtlich der Ehre, weil sie dem Körper nur mittelbar durch künstliche Wertung zugesprochen werde.

Neuerdings vertritt Fabricius ⁴⁾ wieder die Meinung, daß der Gegenstand eines "sonstigen Rechts" erkennbar und offenkundig sein müsse.

1) RGZ 58, 24 ff.

2) RGZ 59, 326 ff.

3) Leonhard, Schuldrecht II, S. 545, 550, 554

4) Fabricius, Die Dogmatik des sonstigen Rechts gemäß § 823 Abs. 1 BGB AcP 160, 274, 288

Er nennt diese Eigenschaft des "sonstigen Rechts" seine "sozialtypische Offenkundigkeit". Diese erfordere nicht notwendig eine Verkörperung in dem Maße wie dies bei dem Eigentum der Fall sei. Vielmehr genüge es, daß das Rechtsgut vom Durchschnittstypus des Rechtsgenossen als schutzwürdig empfunden werde. Es könnten also auch typische Gefühle, wie z.B. die Ehre, schutzwürdiges Gut i.S. des § 823 Abs. 1 BGB sein. Hierbei werde die Gedankenreflexion, daß körperlich nicht wahrnehmbare Rechtsgüter vorhanden seien, erst durch sinnlich wahrnehmbare Gegenstände ausgelöst, wie etwa die menschliche Körperlichkeit typischerweise die Gedanken auf sein Interesse an Freiheit und Ehre lenke.

Nach dieser Meinung sind Lebensgüter und Interessen, die nicht wie die in § 823 Abs. 1 BGB genannten Güter Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit den subjektiven Rechten ausdrücklich gleichgestellt sind, nur in einzelnen Richtungen geschützt, und zwar nur insoweit, als sich der Schutz aus den §§ 823 Abs. 2, 824 und 826 BGB ergebe. Will man weitere Rechtsgüter den subjektiven Rechten in § 823 Abs. 1 BGB gleichstellen, so sei stets zu prüfen, ob ihnen eine gegenständliche Verkörperung eigen sei und ob ein genereller Schutz ihnen zukommen könne ¹⁾.

Neumann-Duesberg ²⁾ betont die Bedeutung des generellen Schutzes für die Annahme eines "sonstigen Rechts". Er unterscheidet absolute Rechte, die generell geschützt seien, und absolute Rechte, die nur "partiell" geschützt seien, z.B. das Recht am eigenen Bild nach § 22 KUG. Dieser Unterschied werde allgemein verkannt. Die sog. partiellen Rechte seien nicht durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt, sondern nur durch § 823 Abs. 2 BGB. Nach seiner Meinung fallen auch

1) Schulz-Schäffer, a.a.O., S. 111

Leonhard, a.a.O., S. 545, 565

Reinhardt, Die subj. Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, Versicherungsrecht, Beiheft "Karlsruher Forum", 1961, S. 88 ff. und in Das Persönlichkeitsrecht in der geltenden Rechtsordnung, S. 14

2) Neumann-Duesberg, SJZ 1950, 483

nicht die Urheberrechte unter § 823 Abs. 1 BGB, da sie nur partielle Rechte seien.

Nipperdey ¹⁾ ist demgegenüber der Ansicht, es gebe keine totalen Ausschlußrechte. Selbst das Eigentum gewähre keinen Schutz gegenüber Eingriffen aus Notwehr, Notstand und Selbsthilfe.

Der Schutz des Eigentums werde sogar nicht nur durch die genannten Rechte eingeschränkt, sondern auch durch das Nachbarrecht (§§ 906 ff. BGB). Der Kreis der zulässigen Beeinträchtigungen des Eigentums sei also weder gegenständlich noch zeitlich abgeschlossen und unveränderlich. Der Umfang des "generellen" Schutzes könne variieren. So gebe es von dem als "sonstiges Recht" anerkannten Recht am eigenen Bild (§ 22 KUG) in § 23 KUG zahlreiche Ausnahmen von der ausschließlichen Geltung dieses Rechts. Es gebe nur einen mehr oder weniger umfassenden, aber keinen generellen Schutz. Unterschiede, die dabei bestehen würden, seien nur graduelle. Der Begriff des absoluten Rechts sei allein aus der Antithese zu den relativen Rechten zu verstehen. Absolutes Recht bedeute, daß es Schutz gegen jeden beliebigen Dritten gewähre, während das relative Recht immer gegen eine bestimmte Person gerichtet sei ²⁾. Auf eine Erkennbarkeit oder eine Verkörperung komme es dabei nicht an.

Larenz ³⁾ ist der Meinung, daß nur Herrschafts- und Persönlichkeitsrechte "sonstige Rechte" sein könnten. Diesen Rechten sei, soweit sie dem Berechtigten einen gewissen Herrschaftsbereich einräumten, die Ausschlußfunktion gegenüber Dritten gemeinsam. Der Eingriff in die dem Berechtigten ausschließlich vorbehaltene Sphäre werde von

1) Nipperdey in Enneccerus-Nipperdey, § 72, I 3, S. 433, 434

2) Koziol (S. 171 ff.) und Löwisch (S. 17, 47, 48, 146, 147) negieren diesen Gegensatz. Ihrer Ansicht nach umfaßt der Begriff des "sonstigen Rechts" unter bestimmten Voraussetzungen auch den des relativen Rechts. Vgl. unten S. 54 f. und 55 f.

3) Larenz, Schuldrecht II, 9. Aufl. 1968, § 66 Ia, S. 408 f.

der Rechtsordnung grundsätzlich mißbilligt und begründe daher, falls kein Rechtfertigungsgrund vorliege, eine Schadensersatzpflicht. Demgegenüber gewährten Forderungsrechte keine Herrschaftsbereiche ¹⁾. Sie stellten vielmehr Rechte an bestimmte Personen auf eine bestimmte Leistung dar. Diese Rechte könnten nur vom Schuldner verletzt werden, nicht von Dritten. Die Folgen der Rechtsverletzung durch den Schuldner werden im allgemeinen Teil des Schuldrechts abschließend geregelt. Für einen darüber hinausgehenden Schutz bestehe kein Bedürfnis. Lediglich bezüglich der Rechtszuständigkeit hätten Forderungen die Qualität eines "sonstigen Rechts". Die Forderung sei ein Vermögensgegenstand. Ihre Zugehörigkeit zum Vermögen des Gläubigers sei ihrem Wesen nach eine absolute, d.h. jeden anderen ausschließende und daher auch des Schutzes gegenüber allen anderen fähige und bedürftige Rechtsposition.

Reinhardt ²⁾ ist der Ansicht, daß die Güter Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und das Recht des Eigentums sowie das sonstige Recht der Kennzeichnung bestimmter Bereiche dienen, die dem Einzelnen ausschließlich zugeordnet und daher fremder Disposition entzogen seien. Die damit gekennzeichnete Güterzuordnung entspreche dem Wesen einer Privatrechtsordnung, die auf der Anerkennung der allgemeinen Handlungsfreiheit basiere. Die gekennzeichneten Bereiche hätten die Aufgabe, dem Inhaber unter Ausschluß aller Dritten die alleinige Disposition vorzubehalten. Dieser Dispositionsvorbehalt zu Gunsten eines Einzelnen könne aber sinnvoll nur substantiiert werden aus der Funktion, die dem jeweiligen Schutzbereich im Rahmen der Sozialordnung zuerkannt werde ³⁾. Der Schutzbereich müsse aber begrenzt und übersehbar bleiben, wenn dem § 823 Abs. 1 BGB überhaupt eine Schutzwirkung zukommen solle ⁴⁾.

1) Larenz, a.a.O., S. 409 f.

2) Reinhardt, Versicherungsrecht, Beiheft "Karlsruher Forum" 1961, S. 3 ff., 6

3) Reinhardt, a.a.O., S. 9

4) Reinhardt, a.a.O., S. 10

Den Gedanken, daß das sonstige Recht wie das Eigentum Schutzbereiche bilde, versucht Hans Stoll ¹⁾ zu konkretisieren. Er geht davon aus, daß als sonstige Rechte nur subjektiv absolute Rechte anzuerkennen seien ²⁾. Durch diese Schutzbereiche, die durch die subjektiv absoluten Rechte festgelegt würden, erhielten die sogenannten "Unrechtstypen" bei Verletzung dieser absoluten Rechte ihr Gepräge. Diese "Unrechtstypen" könnten durch die Untersuchung der Schutzbereiche der einzelnen absoluten Rechte konkretisiert werden. Ähnlich wie Nipperdey ³⁾ führt Stoll aus ⁴⁾, es zeige sich, daß die Schutzbereiche der einzelnen Rechte der Intensität und der Struktur nach außerordentlich variieren. Es existiere kein einheitlicher Typ des absoluten Rechts. Je nach dem Schutzbereich des verletzten Rechts seien die "unmittelbaren" Eingriffshandlungen bald durch ihre Finalität, bald durch ihre objektive Beschaffenheit gekennzeichnet.

Ernst Wolf ⁵⁾ vertritt die Ansicht, als "sonstige Rechte" seien subjektive absolute Rechte anzuerkennen. Jedes subjektive absolute Recht habe einen Gegenstand, ohne Gegenstand sei ein solches Recht inhaltslos und somit wirkungslos. Von dem Gegenstand hänge also der Inhalt des absoluten Rechts ab. Der Inhalt des absoluten Rechts bestehe darin, daß jede auf den Gegenstand einwirkende Handlung eines Anderen rechtlich ausgeschlossen sei. Das absolute Recht sei also in seinem Inhalt dergestalt auf den Gegenstand bezogen, daß die Ausschlusswirkung, welche das absolute Recht sei, sich aus dem Gegenstand ergebe. Entsprechend seinem Inhalt sei ein absolutes Recht nur in seinem Gegenstand durch das Handeln eines anderen verletzbar ⁶⁾.

1) Stoll AcP 162, 203 ff.

2) Stoll AcP 162, 203 ff., 212 Fn 38a

3) Vgl. oben S. 51 f.

4) Stoll AcP 162, 203 ff., 228 f.

5) Ernst Wolf, Festschrift für Fritz von Hippel (1967) S. 665 ff, 676 f.

6) An anderer Stelle modifiziert Wolf seine Ansicht dahin, daß ein absolutes Recht nur durch eine dessen Gegenstand erheblich gefährdende Handlung eines Anderen verletzbar sei. JuS 1968, 77 ff.

78, FN 16

Gegen die Erklärung der Rechtsverletzung aus der Rechtsobjektverletzung
Bucher, Das subjektive Recht, S. 9 Fn. 5

Neuerdings wird wieder die Frage erörtert, ob nicht neben den absoluten Rechten auch sogenannte relative Rechte als "sonstige Rechte" anzuerkennen seien.

Koziol ¹⁾ vertritt in einer rechtsvergleichenden Schrift die Auffassung, daß auch Forderungsrechte unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls als "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB aufzufassen seien. Die Lehre von der Relativität der Forderungsrechte im Gegensatz zur Absolutheit der als "sonstige Rechte" anerkannten Rechte sei nicht haltbar, da auch die absoluten Rechte einen relativen Inhalt hätten. Das Eigentum sei beispielsweise relativ in Bezug auf die Sache, das Familienrecht sei als Recht zu einem bestimmten, der Familienstellung entsprechenden Verhalten relativ ²⁾. Auch die Lehre von der Kundbarkeit oder Erkennbarkeit der sonstigen Rechte sei nicht durchführbar, da es durchaus zweifelhaft sein könne, was erkennbar sei und was nicht, so daß eine Abgrenzung durch dieses Kriterium willkürlich erscheine ³⁾. Es müsse vielmehr mangels einer eindeutigen Abgrenzung zwischen relativen und absoluten Rechten geklärt werden, inwieweit auch Forderungsrechte unter dem Begriff "sonstige Rechte" zu subsumieren seien. Aus der Rechtsordnung ergebe sich, daß fremde Forderungsrechte nur dann den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB genießen, wenn in ihre Rechtszuständigkeit, in das vom Forderungsrecht umfaßte Recht auf die obligationsgemäße Willensrichtung des Schuldners oder in das ebenfalls vom Forderungsrecht umfaßte absolute Befriedigungsrecht wissentlich eingegriffen werde ⁴⁾.

Die Rechtszuständigkeit, die sowohl beim Eigentum wie bei Forderungsrechten gleichermaßen gegeben sei, beinhalte die Zuordnung eines Rechts zu einer bestimmten Person und diese Zuordnung sei nur sinnvoll und wirksam, wenn daraus ein Verbot des Eingriffs in die

1) Koziol, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967)

2) Koziol, a. a. O., S. 138

3) Koziol, a. a. O., S. 177 ff., 179

4) Koziol, S. 174, 142, 161 f., 171 f.

Rechtszuständigkeit folge, das jedermann zu respektieren habe ¹⁾.

Darüberhinaus sei auch die Handlung desjenigen der den Willen des Schuldners in einer der Obligation widersprechenden Weise wissentlich beeinflusse, rechtswidrig. Dieses Ergebnis folge aus der Rechtsprechung zu § 826 BGB in den Fällen der Verleitung zum Vertragsbruch. Die Anwendung des § 826 BGB sei zwar in diesen Fällen nicht richtig, da sie zu einer unangemessenen Ausweitung des Begriffs der Sittenwidrigkeit führe. Es ergäbe sich aber aus dieser Rechtsprechung, daß solche wissentlichen Beeinträchtigungen fremder Forderungsrechte immer als unrecht angesehen worden seien ²⁾.

Der Schutz vor wissentlicher Beeinträchtigung des Befriedigungsrechts durch § 823 Abs. 1 BGB folgt für Koziol aus dem Umstand, daß sich aus der gesamten Rechtsordnung ergäbe, daß das Befriedigungsrecht des Gläubigers auch gegenüber Dritten Wirkungen entfalte und daher ein absolutes Recht sei.

Ähnlich wie Koziol bezieht Löwisch ⁴⁾ die relativen Rechte in den Begriff des "sonstigen Rechts" mit ein. Auch er ist der Ansicht, daß durch die Begriffe Absolutheit, Relativität, Güterzuordnung, Kundbarkeit, genereller Schutz eine Abgrenzung zwischen den sogenannten absoluten und relativen Rechten nicht durchgeführt werden könne ⁵⁾. Daher sei die Auffassung nicht vertretbar, die die relativen Rechte nicht den "sonstigen Rechten" unterstellen will. Löwisch geht daher davon aus, daß auch relative Rechte als "sonstige Rechte" anzusehen seien. Eine Abgrenzung des Rechtsschutzes aller subjektiven Rechte versucht er in Anlehnung an Stolls Lehre von den "Unrechtstypen" durch eine Differenzierung des Schutzes der Rechte nach den Unrechts-

1) Koziol, S. 142

2) Koziol, S. 161 f.

3) Koziol, S. 171

4) Löwisch, Der Deliktsschutz relativer Rechte, S. 47, 50, 146, 147, S. 132 Fn. 58

5) Löwisch, a.a.O., S. 17 ff., 26 ff., 30 ff., 41 ff., 48 ff.

handlungen, die zu Beeinträchtigungen dieser Rechte geführt haben ¹⁾. Ausgehend von den Motiven zum BGB, die an einer Stelle von der "unmittelbaren Richtung der Handlung gegen das Recht" des Beschädigten sprechen und unter Bejahung der wesentlichen Thesen der finalen Handlungslehre ²⁾, kommt er zu dem Ergebnis, daß nur ein solches Verhalten rechtswidrig sei und nach § 823 Abs. 1 BGB zum Schadensersatz verpflichte, das nach objektiver Verkehrsauffassung einen gegen das Recht gerichteten Eingriff darstelle ³⁾.

Neben der Haftung für gegen das Recht gerichtete Verhaltensweisen stellt Löwisch für die Beeinträchtigung körperlicher Güter (Sachen, Körper) und die Bewegungsfreiheit fest, daß in diesen Fällen auch ohne das Merkmal des "gegen das Recht gerichtetseins" gehaftet werde. Diese weitergehende Haftung folge daraus, daß ein besonderes Schutzbedürfnis insofern bestehe, als die Lebensgüter einer Person und die Bewegungsfreiheit ihre Rechte an körperlichen Sachen den festen Kern ihrer Rechtssphäre bilden ⁴⁾.

Die Frage, ob nicht aus der eingehenden Regelung des Vertragsrechts im BGB folge, daß das Deliktsrecht nicht auf relative Rechte Anwendung finden solle, beantwortet Löwisch dahin, daß ein "Bedürfnis" für die Ausdehnung des Rechtsschutzes relativer Rechte über das Vertragsrecht hinaus bestehe, eine Verneinung dieses Schutzes "nicht sachgerecht" und der direkte deliktische Anspruch das "Natürliche" sei ⁵⁾.

1) Löwisch, a. a. O., S. 54 ff., 59 ff.

2) Löwisch, a. a. O., S. 60, 61

3) Löwisch, a. a. O., S. 76

4) Löwisch, S. 95 ff.

5) Löwisch, S. 140 ff., 147

B) Eigene Ansicht über das Verständnis des Begriffs
"sonstiges Recht" in § 823 Abs. 1 BGB

1. Die Funktion des Begriffs "sonstiges Recht" im Recht der
unerlaubten Handlungen anhand der Materialien zum BGB

Wenn das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein "sonstiges Recht" sein soll, die Meinungen über den Begriff des "sonstigen Rechts" aber sehr geteilt sind, so ist zunächst die Funktion des "sonstigen Rechts" im Recht der unerlaubten Handlungen zu klären. Erst dann kann die Frage geprüft werden, ob das Recht am Gewerbebetrieb die Voraussetzungen für die Annahme eines "sonstigen Rechts" erfüllt.

Die Funktion des Begriffs des "sonstigen Rechts" kann nur aus dem Zusammenhang der Bestimmungen, die den Komplex des Deliktsrechts regeln, geklärt werden. Sieht man zunächst von § 826 BGB als Sonderfall ab, dann zeigt sich, daß die §§ 823 Abs. 1 (Schutz von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und sonstigen Rechten) und Abs. 2 (Schutz gegen Handlungen, die gegen Schutzgesetze verstoßen) BGB die entscheidenden Vorschriften des Systems der unerlaubten Handlungen darstellen.

Diese zentrale Bedeutung der beiden genannten Vorschriften wird anhand eines kurzen historischen Rückblicks auf die Vorstellung deutlich, die die Schöpfer des BGB geleitet hat.

Die erste Kommission beschrieb die Funktion des Rechts der unerlaubten Handlung wie folgt:

"Jedermann" habe "die Rechtssphäre Anderer zu achten und sich eines jeden widerrechtlichen Eingriffs in dieselbe zu enthalten" ¹⁾.

Aus der Verletzung dieses allgemeinen Rechtsgebotes entspringe die

1) Motive II S. 725

Verpflichtung zum Schadensersatz¹⁾. Die zweite Kommission drückte diesen Zusammenhang dergestalt aus, "daß die Vorschriften über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen zu denjenigen Vorschriften gehören, welche dazu bestimmt sind, die Rechtskreise der einzelnen, innerhalb deren sie ihre individuelle Freiheit entfalten und ihr Interesse verfolgen dürfen, voneinander abzugrenzen"²⁾.

Unter diesen Umständen stellte sich die Frage, auf welche Weise die Rechtskreise oder Rechtssphären der einzelnen gegeneinander abgegrenzt sein sollten³⁾.

Bei der Festlegung der Umstände, unter denen ein Einbruch in die Rechtssphäre eines anderen als gegeben angesehen werden muß, hat der Gesetzgeber weder nur konkrete Einzeltatbestände nach dem Vorbild der lex Aquilia des römischen Rechts geschaffen, noch sich auf die Einführung einer Generalklausel beschränkt, wie das schweizerische und das französische Recht und andere Rechtsordnungen sie kennen⁴⁾.

Der Gesetzgeber des BGB hat vielmehr einen Mittelweg gewählt: Er stellte allgemeiner gefaßte Tatbestände neben eine beschränkte Zahl von Einzeltatbeständen:

aa) Einen widerrechtlichen Einbruch in die Rechtssphäre anderer sah man einmal in dem Handeln gegen ein Verbotsgesetz⁵⁾.

Damit war ein Gesetz gemeint, das "dem Einen im Interesse des Anderen gewisse Pflichten auferlege, ihm ein bestimmtes Verhalten gebiete oder verbiete"⁶⁾.

1) Motive II S. 725

2) Protokolle II S. 567

3) Vgl. Motive II S. 725

4) Art. 41 OR (Schweizer Obligationenrecht);
Art. 1382 ff. Code civil

5) Motive II S. 726
Protokolle II 567, 568

6) Protokolle II 568, vgl. 569

bb) Außerdem wurde der widerrechtliche Einbruch in der Verletzung der einem anderen zustehenden absoluten Rechte ¹⁾, d.h. in der Verletzung von Vermögens- und Persönlichkeitsrechten ²⁾, gesehen.

cc) Daneben betrachtete man auch solche Handlungen als widerrechtlich, deren Vornahme gegen die guten Sitten verstößt ³⁾.

dd) Neben den allgemein gehaltenen Bestimmungen wurden ergänzend konkrete Einzeltatbestände ins Auge gefaßt, deren Erfüllung eine unerlaubte Handlung darstellen sollte. Es war auf diese Weise möglich, "die besonderen Vorschriften über einzelne unerlaubte Handlungen auf ein verhältnismäßig geringes Maß zu beschränken" ⁴⁾. In den konkreten Einzeltatbeständen wurden Schäden erfaßt, die z. B. durch Tiere, durch Einsturz von Gebäuden etc. verursacht werden.

Damit waren die Ansatzpunkte für die endgültige gesetzliche Fixierung des Rechts der unerlaubten Handlungen im BGB gegeben:

aa) Im § 823 Abs. 2 BGB wurde die Schadensersatzpflicht an den Verstoß gegen ein Schutzgesetz geknüpft, worunter ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz zu verstehen ist ⁵⁾.

bb) In § 823 Abs. 1 BGB wurde die Schadensersatzpflicht an die Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und sonstigen Rechten geknüpft. Diese Unterscheidung zwischen Gütern und Rechten ist auf Überlegungen der ersten Kommission zurückzuführen, die bezweifelt hatte, "ob diese höheren Güter als Rechte bezeichnet werden können", aber der Ansicht war, daß "gerade sie auch des Schutzes bedürfen, der ihnen bei einer engeren Auffassung der Schadenszufügung oft gefehlt hat" ⁶⁾.

1) Motive II S. 726

2) Protokolle II S. 568

3) Motive II S. 726, Protokolle II S. 575

4) Protokolle II S. 744

5) Soergel-Siebert-Zeuner, 10. Aufl., § 823 Anm. 334, 335

6) Motive II S. 725

cc) In § 826 BGB wurde der Verstoß gegen die guten Sitten geregelt.

dd) In den §§ 824, 825, 831, 832, 833 ff. finden sich die Einzeltatbestände, deren Fixierung man neben den allgemeineren Vorschriften der §§ 823 Abs. 1, Abs. 2 und 826 BGB für notwendig hielt.

Im Zusammenhang der Vorschriften über das Recht der unerlaubten Handlung hat also § 823 Abs. 1 BGB die Funktion, einen Schadensausgleich in den Fällen herbeizuführen, in dem der Rechtskreis oder die Rechtssphäre einer Person dadurch beeinträchtigt wird, daß die Lebensgüter dieser Person, Leben, Körper, Gesundheit oder Freiheit oder das Eigentum oder ein sonstiges Recht dieser Person verletzt werden.

Die Frage, welche Qualitäten ein Recht haben müsse, um als ein "sonstiges Recht" gelten zu können, wurde vom Gesetzgeber nicht eindeutig beantwortet. Die Materialien enthalten lediglich den Hinweis, daß die Verletzung eines absoluten Rechts vorliegen müsse ¹⁾, daß zu den absoluten Rechten das Eigentum und andere Rechte an Sachen gehören ²⁾, daß zu dem Rechtskreis des Einzelnen seine Vermögensrechte und seine Persönlichkeitsrechte gehören ³⁾, daß aber die Verletzung von obligatorischen Vermögensrechten (also von Forderungen) nicht Gegenstand der Vorschriften über die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen sei ⁴⁾.

1) Motive II S. 726

2) Motive II S. 728

3) Protokolle II S. 567, 568

4) Motive II S. 727; Protokolle II S. 572

2. Versuch der Klärung der Funktion des Begriffs "sonstiges Recht" mit Hilfe des Begriffs des Eigentums

Wie oben dargelegt wurde ¹⁾, hat § 823 Abs. 1 BGB im Zusammenhang der Deliktsvorschriften die Funktion, einen Schadensausgleich bei Verletzung des Teils der Rechtssphäre einer Person zu ermöglichen, der durch die in der Vorschrift genannten Lebensgüter, durch Eigentum oder ein "sonstiges Recht" beschrieben wird. Bei dieser Beschreibung der Rechtsphäre einer Person in § 823 Abs. 1 BGB fällt folgendes auf: Der Gesetzgeber verbindet die Bezeichnung "sonstiges Recht" aufs engste mit dem Eigentum. Aus den Materialien zum BGB ergibt sich eindeutig, daß unter "sonstigen Rechten" dem Eigentumsrecht ähnliche Rechte zu verstehen seien ²⁾. Es liegt daher nahe, aus der Situation des Eigentums heraus auch die Anknüpfungspunkte für die Auslegung des Begriffs "sonstiges Recht" zu suchen. Es wird sich dann, wie schon hier gesagt werden darf, zeigen, daß diese Anknüpfung die Gliederung der Regeln über das Deliktsrecht sinnvoll erscheinen läßt und daß sie insbesondere geeignet ist, klar zu stellen, ob man das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als ein dem Eigentumsrecht gleichsetzbares Vermögensrecht anerkennen kann.

Soll aus der Situation des Eigentums heraus der Ansatz für die Auslegung des Begriffs "sonstiges Recht" gefunden werden, so ist zu untersuchen, auf welche Weise der Begriff des Eigentums die Rechtsphäre einer Person absteckt. Erst wenn man diese Frage beantwortet hat, kann man auch feststellen, unter welchen Voraussetzungen eine zur Begründung einer Schadensersatzpflicht geeignete Eigentumsverletzung als gegeben anzusehen ist.

Die Merkmale des Begriffs des Eigentums ergeben sich nicht aus den Deliktsvorschriften selbst, sondern aus dem Sachenrecht. Da die Vorschriften des Sachenrechts insofern auch für das Recht der unerlaub-

1) Vgl. S. 59, 60

2) Motive II S. 728

ten Handlungen maßgebend sind, stellt § 823 Abs. 1 BGB eine Verweisungsnorm dar, die auf das Sachenrecht verweist ¹⁾.

a) Der Begriff des Eigentums in § 903 BGB

Die Befugnisse des Eigentümers werden im Sachenrecht im Ersten Teil des Dritten Abschnitts unter der Überschrift "Inhalt des Eigentums" in § 903 BGB beschrieben. In § 903 BGB werden dem Berechtigten zwei Befugnisse eingeräumt:

1. Mit der Sache nach Belieben zu verfahren und
2. andere von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschließen.

aa) Die Sachbefugnis

Von den beiden Befugnissen betrifft die erste die Sache unmittelbar. Sie besagt, was der Berechtigte mit der Sache ohne Rücksicht auf den Willen anderer Personen ²⁾ und ohne Vermittlung der Beziehung zur Sache durch die Leistungspflicht einer anderen Person ³⁾ tun darf. Zitelmann sprach deshalb von einem Darfrecht ⁴⁾. Diese Befugnis erlaubt also ausdrücklich ein bestimmtes Verhalten ⁵⁾. Sie soll als Sachbefugnis bezeichnet werden.

Diese Sachbefugnis beschreibt nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht einzelne konkrete Verhaltensweisen, die in bezug auf eine Sache denkbar sind. Eine abschließende Aufzählung aller denkbaren Verhaltensweisen, die der Eigentümer in bezug auf die Sache vornehmen darf,

1) Heck, Schuldrecht § 145, 6 a S. 439

2) Lehmann, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 57;

Lehmann-Hübner, 16. Aufl., § 12 I 1 a S. 87;

Diederichsen, S. 38, 46, 50;

Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl., 1969, § 2 I 2 S. 7;

Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., 1957, § 2 I S. 8

3) Staudinger-Kober, 10. Aufl., 1935, Einl. zu Bd. III 1. Teil, Sachenrecht Anm. 2 a

4) Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgem. Teil, 1900, S. 22

5) Lehmann, a. a. O., spricht von einem Erlaubnissatz;
Lehmann-Hübner, 16. Aufl., § 12 I 1 a S. 87

ist nicht möglich ¹⁾. Deshalb faßt die Sachbefugnis alle Verhaltensweisen, die in bezug auf eine Sache denkbar sind, in dem Ausdruck, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, zusammen.

Die wichtigsten Verhaltensweisen in bezug auf eine Sache lassen sich jedoch aufzählen. Unter diese wichtigsten Verhaltensweisen fallen sowohl tatsächliche Herrschaftshandlungen über die Sache als auch rechtliche Verfügungen über die Sache ²⁾.

Als tatsächliche Herrschaftshandlungen kommen im wesentlichen in Betracht:

Besitzen, Benutzen, Verbrauchen, Gebrauchen, Zerstören, jede Einwirkung auf die Sache etc.

Als rechtliche Verfügungen über die Sache kommen im wesentlichen Veräußerung und Belastung in Frage ³⁾.

Die sachliche Befugnis geht also dahin, daß der Eigentümer berechtigt ist, seine Sache zu besitzen, zu benutzen, zu verbrauchen, zu gebrauchen etc. und darüber zu verfügen ⁴⁾. Es wird dem Berechtigten ein Monopol ⁵⁾ eingeräumt, und zwar im Sinne der Berechtigung, eine bestimmte vom Gesetz bezeichnete, auf die Sache bezogene Verhaltensweise alleine ausüben zu dürfen.

1) Vgl. den Entwurf von Herten zum österreichischen ABGB, aus dem Jahre 1786, abgedruckt bei Klang, Komm. zum ABGB, 2. Aufl., 1950, § 362 Anm. Fn. 1

2) Soergel-Siebert-Baur, 10. Aufl., § 903 Anm. 2;
Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., 1957, § 52 I S. 178

3) Wolff-Raiser, a. a. O.

4) In der Befugnis zu diesen Verhaltensweisen liegt die wirtschaftliche Bedeutung des Eigentums.

5) Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil, 1900, S. 22;
Diederichsen, S. 40

bb) Die personelle Ausschlußbefugnis

Außer der Sachbefugnis gibt § 903 BGB dem Eigentümer die Befugnis, andere von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschließen. Diese Befugnis soll die personelle Ausschlußbefugnis genannt werden.

Fragt man danach, welcher Art die Rechtsbeziehungen sind, die aufgrund der personellen Ausschlußbefugnis zwischen dem Eigentümer und den "anderen" hergestellt werden, so legt der Wortlaut des Gesetzes nahe, auch hier an ein Recht im Sinne eines Darfrechtes zu denken, das heißt an ein Recht des Eigentümers, andere von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschließen, und zwar ohne Rücksicht auf den Willen irgendeiner anderen Person.

Ein Selbsthilferecht kann mit dieser personellen Ausschlußbefugnis nicht gemeint sein.

Nach dem Wortlaut ist aber mit der personellen Ausschlußbefugnis auch ein Anspruch i. S. des BGB nicht gegeben, das heißt ein Recht, von einem bestimmten andern ein Tun oder ein Unterlassen fordern zu können ¹⁾.

Ein gesetzlicher Anspruch setzt erstens die Normierung der Merkmale voraus, bei deren Vorliegen der Anspruch gegeben sein soll, und zweitens die Normierung der Rechtsfolge als Beschreibung dessen, was der Anspruchsgegner tun oder unterlassen soll. Diese Merkmale weist § 903 2. Halbsatz BGB nicht auf. Welche Bedeutung hat aber die personelle Ausschlußbefugnis, wenn sie weder Selbsthilferecht noch Anspruch darstellt?

1) Bucher (S. 77) sieht hierin einen "Anspruch". Er versteht aber unter Anspruch eine "in Ausübung des Rechts erlassene Norm". An anderer Stelle (S. 82 ff.) versteht er unter Anspruch die Befugnis, von jedermann die Respektierung absoluter Rechte zu verlangen. Er versteht darunter also etwas anderes als unter dem Begriff Anspruch i. S. d. § 194 Abs. 1 BGB, der bei Beeinträchtigung des subjektiven absoluten Rechts im konkreten Falle bestehe. Für unsere Ausführung ist der Begriff des BGB ausschlaggebend.

Beim Versuch der Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, daß das Gesetz dem Eigentümer eine Anzahl verschiedener Ansprüche an die Hand gibt, um Einwirkungen anderer auf das Eigentum auszuschließen, so in den Vorschriften der §§ 985, 1004 BGB. Wenn die personelle Ausschlußbefugnis des § 903 2. Halbsatz BGB weder ein Selbsthilferecht noch eine Anspruchsgrundlage gewährt, gleichzeitig aber anderweitige Anspruchsgrundlagen bestehen, so kann man in dieser Vorschrift nur eine Norm sehen, die darauf verweist, daß das Eigentum neben der Sachbefugnis der schützenden Anspruchsgrundlagen bedarf. Ob diese Selbstverständlichkeit durch den Wortlaut des § 903, 2. Halbsatz BGB im Gesetz verdeutlicht werden mußte, ist fraglich. Bei allen anderen gesetzlich normierten absoluten Rechten mit Ausnahme des Wohnungseigentums (§ 13 Abs. 1 WEG) fehlt eine entsprechende Formulierung. In der Inhaltsbestimmung des Eigentums in Art. 641 Abs. 1 des Schweizer ZGB fehlt eine solche Formulierung ebenfalls, während die Sachbefugnis übereinstimmend mit dem Deutschen Recht geregelt ist ¹⁾.

Nach § 903 BGB besteht demnach der Inhalt des Eigentums in folgendem:

- 1) in der Sachbefugnis, die den Eigentümer berechtigt zu besitzen, zu benutzen, zu gebrauchen, zu verbrauchen, zu zerstören, zu veräußern, zu belasten etc.
- 2) in Abwehransprüchen zum Schutze der in der Sachbefugnis vorbehaltenen Verhaltensweisen gegen Einwirkungen durch Dritte; auf diese Abwehransprüche wird in § 903, 2. Halbsatz BGB verwiesen.

cc) Die Abwehransprüche

Es fragt sich, ob der Inhalt des Eigentums nicht nur durch § 903 BGB, sondern darüber hinaus auch durch die Vorschriften über die Abwehransprüche bestimmt wird. Folgende Vorschriften gewähren

1) Art. 641 Abs. 2 Schw. ZGB formuliert echte Anspruchsgrundlagen.

dem Eigentümer Abwehransprüche: die §§ 886, 894, 907, 908, 909, 985, 1004 und 1005 BGB. Da diese Ansprüche im Konfliktsfall die Rechte des Eigentümers realisieren sollen, werden sie als Rechtsverwirklichungsansprüche bezeichnet ¹⁾. Diese Ansprüche kann man in drei Gruppen einteilen:

- aaa) Die Ansprüche der §§ 886, 894, 985 und 1005 BGB beziehen sich nur auf solche Fälle der Beeinträchtigung, in denen Besitzverhältnisse an einer Sache eine Rolle spielen, nämlich Vorenthaltung und Entziehung des Besitzes in § 985 BGB, Vorenthaltung des "Buchbesitzes" in §§ 886, 894 BGB ²⁾ und Verlust des Besitzes in einem ganz speziellen Fall in § 1005 BGB. Soweit das "nach Belieben mit der Sache zu verfahren" des Eigentümers im "Besitzen" der Sache besteht, ist festzustellen, daß einem Rechtssatz, der dem Eigentümer das Recht einräumt, die Sache zu besitzen, Rechtsätze gegenüberstehen, die dem Eigentümer die Befugnis erteilen, Dritte vom unrechtmäßigen Besitz an einer Sache auszuschließen. Diese Vorschriften fügen dem Inhalt des Eigentums keine neuen Merkmale hinzu.
- bbb) Die Ansprüche der §§ 907 bis 909 BGB befassen sich mit bestimmten Arten von Einwirkungen auf eine spezielle Sache, nämlich auf Grundstücke als unbewegliche Sachen. § 907 Abs. 1 Satz 1 BGB gewährt einen Anspruch auf vorbeugende Unterlassung gegen Einwirkungen, die durch die Herstellung oder Unterhaltung einer gefährlichen Anlage entstehen. § 907 Abs. 1 Satz 2 BGB gewährt einen Anspruch auf Beseitigung einer ge-

1) Heck, Sachenrecht, § 66, S. 272

2) Buchbesitz ist keine juristisch einwandfreie Bezeichnung. Sie genügt hier jedoch wegen ihrer Verdeutlichung der analogen Funktion von Eintragung und Zeichenfunktion des Besitzes an beweglichen Sachen. Es sei darauf hingewiesen, daß die §§ 987 ff. auf § 894 BGB Anwendung finden (RGZ 121, 355). Verfügungen eines nichtberechtigten Buchbesitzers oder unrechtmäßigen Besitzers fallen unter die §§ 894, 985, 987 ff. BGB

fährlichen Anlage. § 908 BGB gibt dem Berechtigten einen Anspruch auf vorbeugende Unterlassung gegen die Gefahr des Einsturzes eines Gebäudes oder Werks. § 909 BGB gewährt Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung der beeinträchtigenden Vertiefung eines Nachbargrundstücks ¹⁾. Zusammenfassend läßt sich zu den Ansprüchen der §§ 907 bis 909 BGB sagen: Soweit das Herrschaftsverhältnis des Eigentümers in bestimmten Arten von Einwirkungen auf Grundstücke besteht, sind diese bestimmten Arten der Einwirkungen auf Grundstücke durch die §§ 907 bis 909 BGB für Dritte ausgeschlossen.

Diese Vorschriften gehen teilweise davon aus, daß bereits eine drohende Gefährdung des Eigentums eine Beeinträchtigung des Eigentums darstellt ²⁾. Daraus folgt, daß auch das Hinnehmen oder Nichthinnehmen einer drohenden Gefährdung des Eigentums der Dispositionsbefugnis des Eigentümers unterliegt. Die Dispositionsbefugnis über die Gefährdung des Eigentums geht also über den Inhalt des Eigentums, wie er in § 903 BGB beschrieben ist, hinaus.

ccc) § 1004 Abs. 1 BGB bestimmt:

"Wird das Eigentum in anderer Weise als durch die Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen."

Zur Klärung der Begriffe "Beeinträchtigung des Eigentums" und "Störer" bedarf es folgenden Hinweises:

-
- 1) Dem Wortlaut nach formuliert § 909 BGB keinen Anspruch. Dies scheint jedoch nur ein Redaktionsfehler zu sein, da § 924 BGB den § 909 BGB als Anspruchsgrundlage sieht.
 - 2) In §§ 907 und 908 BGB

- a) Aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB ergibt sich, daß die Beeinträchtigung nicht in Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes gesehen werden kann. In solchen Fällen finden die §§ 894, 985, 1005 BGB Anwendung ¹⁾.
- b) Aus der Verweisungsnorm des § 903 2. Halbsatz BGB folgt, daß die Beeinträchtigung in einer Einwirkung auf die Sache liegt, soweit die Beeinträchtigung nicht als Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes angesehen werden muß ²⁾.

Soweit das "nach Belieben mit der Sache verfahren" nicht im Besitzen, sondern in anderweitigen Einwirkungen auf die Sache besteht, wie z. B. Zerstören, Gebrauchen (als Besitzdiener) ³⁾ usw. kann der Eigentümer aufgrund des § 1004 Abs. 1 BGB Dritte von diesen Verhaltensweisen ausschließen.

Störer ist derjenige, dem die Beeinträchtigung zugerechnet wird. Bezüglich der Zurechnung der Beeinträchtigung zu einem bestimmten Störer ist im einzelnen vieles umstritten. Dennoch kann anhand der Untersuchung von Baur ⁴⁾ dazu folgendes ausgesagt werden:

Eine Störung liegt vor,

- a) wenn die Beeinträchtigung selbst auf ein menschliches Handeln oder eine menschliche Willensbetätigung zurückzuführen ist,
- b) oder wenn die Beeinträchtigung von einer von Menschenhand geschaffenen Anlage ausgeht.

Eine Störung liegt nicht vor, wenn die Beeinträchtigung auf Naturereignisse oder auf der natürlichen Beschaffenheit des Grundstücks beruht ⁵⁾.

1) Auch Verfügungen fallen hierunter, vgl. S. 66 Anm. 2

2) siehe Anm. 1

3) § 855 BGB

4) AcP 160, 465 ff., 480

5) AcP 160, 465 ff., 480

Dem kann hinzugefügt werden, daß die menschliche Willensbetätigung (a) auch ein Unterlassen trotz Bestehens einer Rechtspflicht zum Handeln umfaßt ¹⁾. Eine solche Rechtspflicht folgt jedoch nicht aus der Eigenschaft des Eigentümerseins als solcher ²⁾. Sie kann jedoch z. B. aus vorausgegangenem Tun ³⁾ oder aus Verkehrseröffnung ⁴⁾ oder aus einem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis ⁵⁾ entspringen. Zur Verdeutlichung des Begriffs "Störer" ist im Zusammenhang mit § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB eine weitere Vertiefung umstrittener Einzelfragen nicht notwendig.

Dagegen bedarf der Begriff des Störers auch einer Klärung im Zusammenhang mit § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB. Nach dieser Vorschrift kann der Eigentümer verlangen, daß auch bloß drohende Beeinträchtigungen unterlassen werden, sofern eine Beeinträchtigung bereits stattgefunden hat. Störer ist danach bereits derjenige, auf dessen Handeln oder Willensbetätigung eine bloß drohende Beeinträchtigung zurückzuführen ist oder von dessen von ihm unterhaltener, von Menschenhand geschaffener Anlage eine Beeinträchtigung droht. Dies gilt nach dem Wortlaut des Gesetzes allerdings nur unter der Voraussetzung, daß eine Beeinträchtigung bereits erfolgt ist ("Weitere Beeinträchtigungen").

Es fragt sich allerdings, ob es sinnvoll ist, daß gegen eine drohende Beeinträchtigung erst vorgegangen werden darf, wenn eine Beeinträchtigung bereits eingetreten ist. Denn eine ernsthaft drohende Beeinträchtigung des Eigentums stellt in jedem Falle eine Behinderung der Interessen des Eigentümers dar, gleichgültig, ob eine Beeinträch-

1) Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl., § 1004 Anm. 30; Münzberg, S. 390, Fn. 799

2) Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl., § 1004 Anm. 30; Münzberg, S. 390, Fn. 799, a. A. Pleyer AcP 156, 291 ff.

3) Münzberg, S. 390, Fn. 799;

Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl., § 1004 Anm. 30

4) Soergel-Siebert-Zeuner, 10. Aufl., § 823 Anm. 104

5) Münzberg, S. 390, Fn. 794

tigung vorausging oder nicht ¹⁾. Es ist deshalb mit Recht angenommen worden, daß § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB einen Sonderfall des allgemeinen Grundsatzes darstellt, daß eine ernsthaft drohende Beeinträchtigung des Eigentums immer zu unterlassen sei, nicht nur im Falle einer bereits eingetretenen Beeinträchtigung. Diese Überlegung findet auch in § 907 BGB eine Stütze, in dem bereits bei bloßer Gefährdung eine vorbeugende Unterlassungsklage gewährt wird ²⁾. In Analogie zu § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB wird daher der vorbeugenden Unterlassungsklage bereits stattgegeben, wenn die erste Beeinträchtigung des Eigentums drohend bevorsteht ³⁾.

Zusammenfassend gilt also folgendes:

- 1) Nach § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB in seiner direkten Anwendung ist der Störungsbeseitigungsanspruch unter folgenden Voraussetzungen gegeben:
 - a) wenn die Einwirkung auf die Sache selbst auf eine menschliche Handlung oder eine menschliche Willensbetätigung zurückzuführen ist oder
 - b) wenn die aktuelle Einwirkung von einer von Menschenhand geschaffenen Anlage ausgeht.
- 2) Nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB in seiner direkten Anwendung ist der Unterlassungsanspruch begründet,
wenn Beeinträchtigungen gemäß Ziffer 1a) und b) vorliegen und weitere Beeinträchtigungen dieser Art zu besorgen sind.

1) Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl. § 1004 Anm. 5;
RGZ 151, 246

2) Vgl. oben S. 67 Anm. 2

3) RGZ 101, 138; 101, 340; 104, 376; 151, 246;
BGHZ 2, 395; GRUR 1957, 86; 1958, 88;
Ernst Wolf, JuS 1968, 77 ff. 78 Fn. 16:
Schon der drohende Angriff stellt eine Verletzung des Rechts dar.
Heck, Sachenrecht, § 66, 8 S. 274, 275

3) Nach § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB in seiner analogen Anwendung ist die vorbeugende Unterlassungsklage begründet,

wenn die Einwirkungen nach Ziffer 1a) und b) bloß ernsthaft drohend bevorstehen ¹⁾.

ddd) Es stellt sich schließlich die Frage, ob ein Abwehranspruch hinsichtlich der in der Sachbefugnis des Eigentums (§ 903 1. HS. BGB) enthaltenen Verfügungsbefugnis besteht. Mit dieser Frage stößt man auf ein Problem, das bislang nicht eingehend erörtert wurde und auch keine zusammenhängende Darstellung gefunden hat. Der Grund dafür wird darin zu suchen sein, daß dieser Frage keine allzu große praktische Bedeutung zukommt. Um aber einen vollständigen Überblick über die Abwehransprüche zu gewinnen, insbesondere im Hinblick auf das Problem des Eingriffs in die Verfügungsbefugnis und des damit u.U. verbundenen Eingriffs in die "Rechtszuständigkeit" eines subjektiven Rechts ²⁾, bedarf diese Frage der Erörterung.

Ludwig Raiser ³⁾ ist der Auffassung, daß Beeinträchtigungen des Eigentums auch in Eingriffen in die Rechtsstellung des Eigentums, in Eingriffen also, die den Besitz nicht berühren, zu sehen seien. Doch hätten sich im Liegenschaftsrecht spezielle Behelfe zum Schutze der Rechtsstellung herausgebildet, so daß § 1004 BGB in dieser Hinsicht zurücktrete. Hefermehl ⁴⁾ vertritt die Ansicht, daß der Eigentümer auch gegen drohende rechtsgeschäftliche Verfügungen des Besitzers über eine Sache durch § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB geschützt sei. Die Beeinträchtigung liege dabei in der Gefahr des drohenden Eigentumsverlustes. Sei die Verfügung erfolgt, so scheide eine Anwendung des

1) Diese Übersicht zeigt, daß die §§ 907 - 909 BGB Spezialvorschriften zu der allgemeineren Vorschrift des § 1004 Abs. 1 BGB in seiner direkten und analogen Anwendung darstellen.

2) Vgl. Text unten S. 88

3) Wolff-Raiser, Sachenrecht, § 87 I 2 b S. 347;
Ebenso Palandt-Degenhardt, 30. Aufl., § 1004 Anm. 2 a) aa)

4) Erman-Hefermehl, 4. Aufl., 1967, § 1004 Anm. 3a

§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB aus. Der Eigentümer sei auf die Ersatzansprüche aus den §§ 987 ff. u. § 823 ff. oder §§ 816, 687 Abs. 2 in Verbindung mit § 681 S. 2, 667 BGB angewiesen.

Seufert ¹⁾ hält § 1004 BGB nur auf Beeinträchtigungen tatsächlicher Art für anwendbar, nicht aber auf Eingriffe in das Eigentumsrecht, z. B. durch dessen rechtliche Beschränkung in Form von Belastungen oder sonstigen Verfügungen. Zum Schutze des Buchberechtigten gegen künftige Verfügungen sei der besondere Rechtsbehelf des Widerspruchs (§ 899 BGB) gewährt. Auch nach Mühl ²⁾ ist § 1004 BGB auf Verfügungen nicht anwendbar. Das Reichsgericht ³⁾ wandte im Liegenschaftsrecht auf Verfügungen eines Nichtberechtigten ebenfalls nicht § 1004 BGB an, vielmehr sah es darin Fälle der §§ 987 ff., 989, 990 BGB in ihrer analogen Anwendung auf den Buchbesitzer i. S. des § 894 BGB. Nach dieser Meinung führt eine Verfügung über das Eigentum, die eine Veräußerung zum Inhalt hat, die also ein Eingriff in die Zugehörigkeit des Eigentums zu dem Vermögen des Berechtigten und damit einen Eingriff in die "Rechtszuständigkeit" ⁴⁾ enthält, zu einer Unmöglichkeit der Herausgabe i. S. des § 989 BGB ⁵⁾. Eine Verfügung mit dem Inhalt einer Belastung ist nach dieser Meinung als eine Verschlechterung der Sache i. S. des § 989 BGB anzusehen ⁶⁾. Die §§ 989, 990 BGB gewähren nicht-deliktsche Schadensersatzansprüche ⁷⁾.

1) Staudinger-Seufert, 11. Aufl., 1956, § 894 Anm. 3 a Fn.

2) Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl., § 1004 Anm. 24;
§ 989 Anm. 5

3) RGZ 121, 335, 336; 158, 40, 44

4) Vgl. Larenz, Schuldrecht II, 9. Aufl., § 66 I S. 408 ff., 410 im Zusammenhang mit der Frage, ob die Rechtszuständigkeit der Forderung ein "sonstiges Recht" sein könne. Vgl. auch Text unten S. 88 ff.

5) Erman-Hefermehl, 4. Aufl., § 989 Anm. 2 c); RGZ 56, 316

6) Erman-Hefermehl, 4. Aufl., § 989 Anm. 2 b);
RGZ 121, 335, 336;
158, 40, 44; BGH LM § 989 Nr. 10.

7) Erman-Hefermehl, 4. Aufl., § 989 Anm. 6;
Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl., § 989 Anm. 8

Diese Meinungen über die Abwehransprüche im Falle der Verfügungsbefugnis (im Gegensatz zu den übrigen Befugnissen des Eigentümers tatsächlicher Art wie Besitzen, Verbrauchen, Gebrauchen), machen die scharfe Unterscheidung verständlich, die Bucher zwischen Ausübung eines Rechts (i.S. eines tatsächlichen Verhaltens) und der Verfügung über ein Recht trifft ¹⁾. Nach Bucher ²⁾ sind das eigentlich materielle subjektive Herrschaftsrecht einerseits und ein "Gestaltungsrecht" i.S. der Möglichkeit der Entäußerung dieses Herrschaftsrechts andererseits zu differenzieren. Die Entäußerungsbefugnis sieht er als ein dem subjektiven Recht nicht inhärentes und nicht immer anzutreffendes ³⁾ akzessorisches Merkmal an.

Wenn auch die Unterscheidung Buchers für die Klärung der rechtstheoretischen Zusammenhänge wertvoll ist, so muß für unsere Rechtsordnung jedoch davon ausgegangen werden, daß die Verfügungsbefugnis zusammen mit der Rechtsausübung (Besitzen, Gebrauchen, Verbrauchen etc.) zur Sachbefugnis des § 903 1. Hs. BGB gehört ⁴⁾. Von dieser Situation im deutschen Recht haben die weiteren Überlegungen auszugehen.

Aus der Vorschrift des § 903 2. Hs. BGB ergibt sich, daß Dritte von jeder fremden Einwirkung ausgeschlossen sein sollen. Wenn die Verfügungsbefugnis zur Sachbefugnis gehört, dann besagt die Vorschrift des § 903 2. Hs. BGB, die auf die Abwehransprüche verweist ⁵⁾, daß auch hinsichtlich der Verfügungsbefugnis Abwehransprüche bestehen müssen. Es fragt sich aber, wie die Verfügungsbefugnis in das System der Abwehransprüche des Eigentums einzuordnen ist.

1) Bucher, S. 76; ebenso Kipp, Über den Begriff der Rechtsverletzung in Festgabe für Otto Gierke, S. 1 ff., S. 13 ff.

2) Bucher, S. 98

3) z. B. bei dem unveräußerlichen Persönlichkeitsrecht

4) Wolff-Raiser, Sachenrecht § 52 I S. 178;

Soergel-Siebert-Baur, 10. Aufl., § 903 Anm. 2;

Vgl. Text oben S. 62 f.

5) Vgl. Text oben S. 65

Wie aus dem Überblick (aaa-ccc) ¹⁾ zu ersehen ist, stellt § 1004 Abs. 1 BGB die allgemeinste Vorschrift, die einen Abwehranspruch gewährt, dar. Eine Sonderregelung zur actio negatoria besteht in den §§ 985, 987 ff. BGB für die Fälle der Besitzentziehung. Eine dem § 985 BGB ähnliche Sonderregelung trifft § 894 BGB für den Buchbesitz. Aus der Ähnlichkeit dieser Fälle hat die Rechtsprechung die analoge Anwendung der §§ 987 ff. auf § 894 BGB abgeleitet ²⁾. Zugleich hat die Rechtsprechung die Anwendung des § 1004 BGB auf Beeinträchtigungen durch "unrichtigen" Buchbesitz ausgeschlossen, weil § 894 - ebenso wie § 985 BGB - lex specialis sei ³⁾. Dieses Verständnis des Systems der Abwehransprüche ist logisch und deshalb zu bejahen.

In dieses System ordnet die Rechtsprechung die mit Besitz oder Buchbesitz verbundene Beeinträchtigung der Verfügungsbefugnis als Verschlechterung oder Unmöglichkeit der Herausgabe i.S. des § 989 BGB ein und schließt die Anwendung des § 1004 BGB aus. § 989 BGB gewährt einen nicht-deliktischen schuldrechtlichen Schadensersatzanspruch ⁴⁾. Dieser Rechtsprechung hat mit Recht niemand widersprochen. Denn soweit die §§ 894, 985 anwendbar sind, schließen sie als Spezialvorschriften den § 1004 BGB aus. Innerhalb des Systems der §§ 894, 985, 987 ff. bieten sich nur die §§ 989, 990 BGB an, um dem Interesse des wahren Berechtigten im Falle der Verfügung des nichtberechtigten (Buch)-Besitzers gerecht zu werden.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß diese Rechtsprechung nur eine bestimmte Fallgruppe unter den möglichen Fällen der Verfügung eines Nichtberechtigten betrifft, nämlich die Fälle, in denen der Besitzer

1) Vgl. Text oben S. 66 ff.

2) RGZ 121, 335, 336; 158, 40, 44

3) RGZ 57, 320, 322; BGHZ 5, 76, 82;
Soergel-Siebert-Baur, 10. Aufl., § 894 Anm. 20

4) Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl., § 989 Anm. 8;
Erman-Hefermehl, 4. Aufl., § 989 Anm. 6

nicht zum Besitz berechtigt ist. Wenn die Rechtsprechung in Fällen der Verfügung eines Nichtberechtigten nicht § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB, sondern die §§ 894, 985, 987 ff. BGB anwandte, dann handelte es sich also immer um die besondere Fallgruppe des nichtberechtigten (Buch-)Besitzers ¹⁾.

Es fragt sich nun, welche Vorschriften in den Fällen zur Anwendung kommen, in denen dem Besitzer ein Recht zum Besitz zusteht. Wie erwähnt, sind die §§ 894, 985, 987 ff. BGB Spezialvorschriften zu der allgemeinen Vorschrift des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB für die Fälle des nichtberechtigten Besitzes ²⁾; d.h. umgekehrt, daß in den Fällen der Überschreitung des Besitzrechts durch den berechtigten Besitzer (Fremdbesitzerexzeß) § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB als die allgemeinere Norm (neben den wahrscheinlich bestehenden vertraglichen Ansprüchen) Anwendung finden kann ³⁾. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB kann sich daher nicht nur auf Beeinträchtigungen tatsächlicher Art beziehen, wie Seufert meint ⁴⁾.

Wenn in den Fällen der Überschreitung des berechtigten Besitzers § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB anwendbar ist, entspricht es der Logik, daß in diesen Fällen auch eine Eigentumsverletzung i.S. des § 823 Abs. 1 BGB gesehen wird ⁵⁾, während die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1

1) RGZ 121, 335, 336; 158, 40 44

2) Vgl. hierzu Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl., Vorbem. in §§ 987-993 Anm. 11; bezüglich §§ 987 ff. herrscht weitgehende Übereinstimmung. Die Frage, ob § 985 nur auf den nicht zum Besitz berechtigten Besitzer anwendbar ist oder auch auf den berechtigten Besitzer, ist sehr umstritten. Raiser, Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz (Festschrift f. Martin Wolff) (1952) S. 123 ff., 139 f.; JZ 1958, 681, 683; JZ 1961, 529, 530 nur für Anwendung auf den nichtberechtigten Besitzer. A.A. die Rechtsprechung BGH JZ 1961, 540 f. = BGHZ 34, 122 ff. Die Meinung Raisers hat die besseren Gründe für sich.

3) Vgl. Soergel-Siebert-Mezger, 10. Aufl., § 550 Anm. 1; Palandt-Degenhart, 30. Aufl., § 1004 Anm. 2 a)aa)

4) Staudinger-Seufert, 11. Aufl., 1956, § 894 Anm. 3 a Fn; a.A. Palandt-Degenhart, a.a.O.

5) Soergel-Siebert-Zeuner, 10. Aufl., § 823 Anm. 24

BGB verneint wird, wenn die §§ 987 ff. BGB eingreifen ¹⁾. Gegen Verfügungen eines Nichtberechtigten sind also die §§ 1004 Abs. 1 S. 1 BGB, 823 Abs. 1 BGB zugunsten des Eigentümers anwendbar, wenn der zur Verfügung Nichtberechtigte berechtigter Fremdbesitzer ist. Auf Verfügungen des Nichtberechtigten sind nicht die §§ 1004 Abs. 1 S. 1, 823 Abs. 1 BGB, sondern die §§ 894, 985, 987 ff. BGB anwendbar, wenn der Nichtberechtigte zugleich nichtberechtigter Besitzer ist.

Soweit § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB auf Verfügungen anwendbar ist, ergibt sich auch die Möglichkeit der Unterlassungsklage gem. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB und in analoger Anwendung dieser Vorschrift auch die der vorbeugenden Unterlassungsklage.

Soweit die §§ 894, 985, 987 ff. BGB auf Verfügungen Anwendung finden, schließen sie nur § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB aus, also nicht § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, weil sich die §§ 894, 985 BGB mit bereits eingetretenen Beeinträchtigungen, nämlich mit vollendeten Besitzentziehungen, befassen und nicht mit bloß drohenden Beeinträchtigungen i.S. des § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB. Deshalb wird von Hefermehl ²⁾ die Meinung vertreten, daß § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB direkt und wohl auch in Analogie auf die vorbeugende Unterlassungsklage auf drohend bevorstehende Verfügungen des Besitzers Anwendung finde. Ob der Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB im Anwendungsbereich des § 894 BGB durch die Sonderregelung des § 899 BGB ersetzt wird, wie Seufert annimmt ³⁾, kann an dieser Stelle nicht untersucht werden.

Zusammenfassend läßt sich jedenfalls feststellen, daß auch im Falle der Verfügungsbefugnis Abwehransprüche bestehen, die aber in den Fällen des nichtberechtigten Besitzes teilweise durch schuldrechtliche Sonderregelungen ersetzt werden.

1) Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl., Vorbem. zu §§ 987 - 993 Anm. 17

2) Erman-Hefermehl, 4. Aufl., 1967, § 1004 Anm. 3a

3) Staudinger-Seufert, 11. Aufl., § 894 Anm. 3a Fn.

dd) Zusammenfassung: Die charakteristischen Merkmale des Eigentums

Aus dem voranstehenden Überblick ergibt sich, daß gemäß § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB (analog) ebenso wie gemäß § 907 BGB bereits bei drohender Gefährdung der in der Sachbefugnis inhaltlich beschriebenen Verhaltensweisen durch Dritte Abwehransprüche gegeben sind. Das Merkmal der drohenden Gefährdung fügt jedoch dem Inhalt des Eigentums nichts Neues hinzu. Denn der Inhalt des Eigentums folgt nicht nur bei vollendeten Beeinträchtigungen, sondern auch bei bloß drohender Gefahr der Beeinträchtigung immer allein aus der Sachbefugnis des § 903 1. Hs. BGB, nämlich aus der Befugnis, zu Besitzen, zu Benutzen, zu Verbrauchen, zu Verfügen etc. Die Abwehransprüche sagen also lediglich aus, daß der Eigentümer zum Schutze der ihm in der Sachbefugnis vorbehaltenen Verhaltensweisen Dritte von diesen Verhaltensweisen und deren Gefährdung ausschließen kann. Inhaltlich nehmen die Vorschriften über die Abwehransprüche somit einfach auf die Beschreibung der Verhaltensweisen in der Sachbefugnis Bezug. Hinsichtlich der Verfügungsbefugnis bestehen dingliche Abwehransprüche nur in beschränktem Umfange. Soweit sie bestehen, stellt auch die Verfügung eines Nichtberechtigten eine Eigentumsverletzung i.S. des § 823 Abs. 1 BGB dar.

Folgende Merkmale (Befugnisse) sind also für das Eigentum charakteristisch:

- 1) Die Sachbefugnis, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, das heißt sie zu besitzen, zu benutzen, zu gebrauchen, zu verbrauchen, zu verändern, zu zerstören, über sie zu verfügen, sie zu belasten etc. Diese Sachbefugnis bestimmt den Inhalt des Eigentums.
- 2) Abwehransprüche, Dritte vom Besitzen, Gebrauchen, Verbrauchen, (in beschränktem Umfange) vom Verfügen auszuschließen.

Diese Ansprüche sind auch schon bei drohender Gefährdung der dem Eigentümer in der Sachbefugnis vorbehaltenen Verhaltensweise gegeben.

Das Eigentum gewährt also im Bezug auf eine bestimmte Sache eine Befugnis, die dem Eigentümer bestimmte auf die Sache einwirkende Verhaltensweisen vorbehält (§ 903 1. Hs. BGB) ¹⁾. Man kann die Gewährung dieser Befugnis mit Zuordnung ²⁾ oder mit Zuweisung von Nutzungen ³⁾ bezeichnen.

Der Zuordnung entspricht die Befugnis, Dritte von den dem Eigentümer vorbehaltenen auf die Sache einwirkenden Verhaltensweisen auszuschließen. Gewährende (Zuordnende oder Zuweisende) Rechtssätze und ausschließende Rechtssätze decken sich inhaltlich. Sie beschreiben das Verhalten, das dem Eigentümer vorbehalten ist und Dritten untersagt werden kann. Der Zuordnung des Eigentums entspricht also der Ausschluß Dritter von den dem Eigentümer in Bezug auf eine bestimmte Sache vorbehaltenen Verhaltensweisen.

Der Begriff der vorbehaltenen Verhaltensweisen deckt sich mit dem von Reinhardt ⁴⁾ verwandten Begriff des "Dispositionsvorbehalts" zugunsten des Berechtigten, der nur aus der Funktion heraus substantiiert werden kann, die dem jeweiligen Schutzbereich im Rahmen der Sozialordnung zuerkannt wird. Die Substantiierung erfolgt dadurch, daß man aus der jeweiligen gesetzlichen Sachbefugnis die dem Berech-

1) Diese ausdrückliche Berechtigung zu bestimmten Verhaltensweisen erfolgt unbeschadet der bestehenden allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG). Sie vermittelt über die allgemeine Handlungsfreiheit hinaus eine bevorzugte Rechtsposition des Berechtigten.

2) v. Caemmerer, Wandlungen ... S. 55 Anm. 24, S. 89;

Raiser JZ 1961, 465, 467;

Mestmäcker: Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521 ff. 523

3) Heck, Sachenrecht § 49, 1 S. 209;

Diederichsen S. 38

4) Reinhardt, Versicherungsrecht, Beiheft "Karlsruher Forum" 1961, S. 3 ff., S. 9

tigten vorbehaltenen Verhaltensweisen herausarbeitet. In diesem Zwischenergebnis wird, da auf das Verhalten abgestellt wird, deutlich, daß das Verhalten bei der Rechtsverletzung ausdrücklich in die Betrachtung einbezogen ist, wie es in der Literatur mitunter gefordert wird ¹⁾.

b) Folgerungen bezüglich der Voraussetzungen des "sonstigen Rechts"
=====

Es ist nunmehr zu fragen, welche Schlüsse aus den oben angestellten Überlegungen über das Eigentum für die Bestimmung des "sonstigen Rechts" zu ziehen sind.

Beim Eigentum werden dem Berechtigten vom Gesetz die in der Sachbefugnis beschriebenen Verhaltensweisen vorbehalten. In dieser Gewährung von Befugnissen liegt die Zuordnung des Rechts ²⁾. Der Zuordnung entspricht die Befugnis, Dritte von den dem Eigentümer vorbehaltenen Verhaltensweisen auszuschließen. Für den Inhaber eines "sonstigen Rechts" folgt daraus, daß auch ihm in einer Sachbefugnis bestimmte Verhaltensweisen vorbehalten sein müssen und außerdem die Befugnis zukommen muß, Dritte von den ihm als Inhaber vorbehaltenen Verhaltensweisen auszuschließen. Ein "sonstiges Recht" wird daher durch folgende Rechtssätze begründet:

1. Es müssen Rechtsnormen bestehen, die ausschließlich den Berechtigten allein ausdrücklich zu bestimmten Verhaltensweisen berechtigen und diese Verhaltensweisen beschreiben (Sachbefugnis) ³⁾.
2. Es müssen außerdem Rechtsnormen bestehen, die dem Berechtig-

1) Löwisch, S. 40, 47

2) Vgl. oben S. 16 f., S. 78

3) Vgl. Medicus AcP 165, 117, 136, 148: Die Befugnis zum Besitz erlaubt die Annahme eines "sonstigen Rechts" zum Besitz; ebenso Diederichsen, S. 66; RGZ 59, 328; vgl. im Übrigen die Nachweise bei Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl., Vorbem. 15 zu § 854 BGB.

ten die Befugnis erteilen, eingetretene oder drohende Beeinträchtigungen der dem Berechtigten vorbehaltenen Verhaltensweisen durch Unbefugte auszuschließen. Dies gilt nur in beschränktem Umfange für die Verfügungsbefugnis.

Die Frage nach dem Bestehen eines "sonstigen Rechts" ist im Rahmen der Deliktsvorschriften also die Frage nach dem Bestehen von Verhaltensnormen, die sich dergestalt entsprechen, daß die eine Norm einem Berechtigten bestimmte Verhaltensweisen zuweist, zuordnet und vorbehält, und diese Verhaltensweise beschreibt, während aufgrund der anderen Norm jeder Dritte von diesen Verhaltensweisen ausgeschlossen werden kann. Die Frage nach dem Bestehen eines "sonstigen Rechts" ist somit eine Frage des Vorhandenseins von Verhaltensnormen und gegebenenfalls der Auslegung bestehender Verhaltensnormen.

Im Grunde können durch Verhaltensnormen also immer nur bestimmte Arten und Weisen des Verhaltens angesprochen werden. Zum Beispiel sind bei dem "sonstigen Recht" des Patents nur ganz bestimmte Verhaltensweisen dem Berechtigten zugeordnet, nämlich Herstellen, Feilhalten, Gebrauchen und Inverkehrbringen. Der Umfang des sog. "generellen Schutzes" ¹⁾ kann also variieren. Es kann nur einen mehr oder weniger umfassenden, aber keinen im absoluten Sinne "generellen" Schutz geben ²⁾.

Auch die Merkmale der Erkennbarkeit oder der gegenständlichen Verkörperung, die von einigen Autoren als Voraussetzung eines "sonstigen Rechts" verlangt werden ³⁾, bilden keine Voraussetzung für ein "sonstiges Recht". Beinhaltet ein "sonstiges Recht" keine Sachherr-

1) Vgl. Text oben S. 48

2) Nipperdey in Enneccerus-Nipperdey § 72 I 3 S. 433, 434; Löwisch S. 48 ff.; Diederichsen S. 46 Fn. 148; vgl. Buchner, S. 259, 263

3) Vgl. Text oben S. 49 f.; Vgl. Löwisch S. 41 ff.; Koziol S. 14 f.; Bucher, Das subjektive Recht, S. 115

schaft, so kann es auf den Begriff des körperlichen Gegenstandes i. S. § 90 BGB nicht ankommen. Aus diesem Grunde kann das Merkmal der Körperlichkeit nicht Voraussetzung eines "sonstigen Rechts" sein. Damit entfällt auch das Merkmal der Erkennbarkeit, soweit die Erkennbarkeit auf der Wahrnehmung von Körperlichkeit beruht, als Voraussetzung eines "sonstigen Rechts".

c) Nachweis der Merkmale des "sonstigen Rechts"
bei einzelnen Rechten und Rechtsgütern

aa) Beschränkt dingliche Rechte

Die für die Anerkennung als "sonstiges Recht" herausgearbeiteten Merkmale finden wir auch bei den beschränkten dinglichen Rechten vor. Auch bei ihnen lassen sich Sachbefugnis und ihr entsprechendes Abwehrbefugnisse feststellen ¹⁾.

-
- 1) Da es sich hierbei auch um Sachenrechte, nämlich um beschränkte Sachenrechte, handelt, kennen diese Rechte mitunter auch eine Entsprechung zu den §§ 894, 985 BGB.
1. Erbbaurecht: §§ 1012 - 1017 BGB,
§ 1 ErbbauVO vom 15.1.1919.
 - a) Sachbefugnis: Ein Bauwerk auf fremdem Boden zu haben, d. h. das Bauwerk zu benutzen, zu besitzen, zu zerstören, zu veräußern, zu belasten.
 - b) personelle Ausschlußbefugnis:
§ 1017 BGB, § 11 ErbbauVO, §§ 985, 894, 1004 BGB.
 2. Grunddienstbarkeit: § 1018, § 1019 BGB,
 - a) sachliche Befugnis:
eine bestimmte Art der Benutzung eines Grundstücks durch Tun oder Unterlassung,
 - b) personelle Ausschlußbefugnis:
§§ 1027, 894, 1004 BGB.
 3. Nießbrauch: §§ 1030 ff. BGB,
 - a) Benutzung einer Sache und Ziehung der Nutzung aus einer Sache durch Besitzen und Gebrauchen (nicht zerstören),
 - b) personelle Ausschlußbefugnis:
§§ 1065, 985, 894, 1004, 1005 BGB.
 4. Beschränkte persönliche Dienstbarkeit:
§§ 1090 ff. BGB,
 - a) bestimmte Benutzung eines Grundstücks,
 - b) personelle Ausschlußbefugnis: §§ 1090 Abs. 2, 1027, 894 1004 BGB.

bb) Rechte des gewerblichen Rechtsschutzes

Ebenso stoßen wir bei den unkörperlichen gewerblichen Schutzrechten auf die für ein "sonstiges Recht" charakteristischen Rechtsätze. Nach § 47 PatG kann der Inhaber verbieten, den §§ 6, 7 und 8 PatG zuwider zu handeln. Nach § 6 PatG ist der Patentinhaber al-

zu S. 81 Fn. 1)

5. Wohnrecht: § 1093 BGB,
 - a) Benutzung eines Gebäudes oder eines Gebäudeteils als Wohnung.
 - b) personelle Ausschlußbefugnis: §§ 1093, 1090 Abs. 2, 1027, 894, 1004 BGB, str. ob §§ 985, 1065 anwendbar sind (Palandt-Hoche, 26. Aufl., § 1093 Anm. 4)
6. Dauerwohnrecht: § 31 WEG,
 - a) eine Wohnung zu bewohnen, oder in anderer Weise zu benutzen,
 - b) personelle Ausschlußbefugnis:
§ 34 Abs. 2 WEG, §§ 894, 985, 1004 BGB
7. Wohnungseigentum: § 13 Abs. 1 WEG,
 - a) mit den im Sondereigentum stehenden Gebäudeteilen nach Belieben zu verfahren, insbesondere diese zu bewohnen, zu vermieten, zu verpachten oder in sonstiger Weise zu nutzen,
 - b) personelle Ausschlußbefugnis:
andere von Einwirkungen auszuschließen:
§ 13 Abs. 1 WEG (§§ 903 2. Hs. BGB)
§§ 894, 985, 1004 BGB
echtes Eigentum (Palandt, Überblick zu WEG, Anm. 2 B; Soergel-Siebert, 9. Aufl., § 1 WEG, Anm. 2)
8. Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden:
§§ 1113, 1191 BGB,
 - a) Recht, sich im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Grundstück zu befriedigen (Soergel-Siebert-Baur, 10. Aufl., § 1113, Anm. 1)
 - b) personelle Ausschlußbefugnis:
§§ 894, 1134 (bei Gefahr der Verschlechterung), 1135 (bei Verschlechterung oder Entfernung des Zubehörs), 1191, 1192, 1199 BGB
9. Reallast:
 - a) Recht auf wiederkehrende Leistungen aus einem Grundstück:
§ 1105 BGB,
 - b) personelle Ausschlußbefugnis: §§ 894, 1107, 1134 BGB
10. Pfandrecht:
 - a) Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer beweglichen Sache: § 1204 BGB,
 - b) personelle Ausschlußbefugnis:
§§ 1227, 985, 1004, 1005 BGB

lein berechtigt, den Gegenstand der Erfindung gewerbsmäßig herzustellen, in den Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen. Nach § 45 GebrMG kann es der Inhaber untersagen, u. a. dem § 5 GebrMG zuwider zu handeln. § 5 GebrMG besagt, daß der Inhaber des Gebrauchsmusters allein berechtigt ist, gewerbsmäßig das Muster nachzubilden usw. Nach § 24 WZG kann der Gebrauch eines für einen anderen eingetragenen Warenzeichens untersagt werden. § 15 WZG behält dem Inhaber des Warenzeichens das Recht vor, das Warenzeichen in bestimmter Weise zu verwenden.

cc) Die Rechtsgüter des § 823 Abs. 1 BGB

Auch bei den in § 823 Abs. 1 BGB genannten Gütern, Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit lassen sich die Zuordnung bestimmter Verhaltensweisen und der mögliche Ausschluß Dritter von diesen Verhaltensweisen aufzeigen. Allerdings ergeben sich hierbei gewisse Besonderheiten, die ein Grund dafür gewesen sein mögen, daß man bisher immer eine dogmatische Trennung zwischen Eigentum und sonstigen Rechten einerseits und diesen Gütern andererseits vollzog. Bei den Lebensgütern des § 823 Abs. 1 BGB besteht keine Möglichkeit des Verfügens i. S. eines Wechsels der Rechtszuständigkeit wie beim Eigentum. Diese Besonderheit hindert jedoch nicht, daß auch bei diesen Lebensgütern grundsätzlich Zuordnung und Ausschluß Dritter festzustellen ist, wie man sie bei dem Eigentum und den gewerblichen Schutzrechten erkennen kann.

dd) Leben, Körper, Gesundheit

Die Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit kann aufgrund analoger Anwendung des § 1004 BGB untersagt werden¹⁾. Es fällt jedoch auf, daß eine ausdrückliche dem § 903 1. Hs. BGB entsprechende Vorschrift der Zuordnung nicht unmittelbar ersichtlich ist. Die Rechtsordnung hat jedoch dem einzelnen die alleinige Dispositionsbefugnis über die Integrität seines eigenen Körpers vorbe-

1) Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl., § 1004 Anm. 54; RGZ 60, 6; (quasi-negatorische Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche) RGZ 148, 119; 156, 379; 166, 156

halten¹⁾. Dies folgt aus § 226 a StGB, kann aber auch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geschlossen werden. In diesen jedem einzelnen seine Dispositionsbefugnis über die Integrität seines Körpers einräumenden Vorschriften ist die der Norm des § 903 1. Hs. BGB entsprechende rechtliche Zuordnung der Güter Leben, Körper und Gesundheit zu sehen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß die eigene Dispositionsbefugnis des einzelnen über seinen Körper auf die nicht den guten Sitten widersprechenden Eingriffe beschränkt ist (§ 226 a StGB). Diese Besonderheit räumt jedoch nicht aus, daß eine Zuordnung und ein Ausschluß Dritter auch hier zu erkennen ist.

ee) Freiheit

Gem. § 823 Abs. 1 BGB kann auch bei Verletzung der Freiheit Schadensersatz verlangt werden. Die Verletzung seiner Freiheit kann der Berechtigte in analoger Anwendung des § 1004 Abs. 1 BGB jedermann untersagen²⁾. Zum Schutze der Freiheit besteht also die Befugnis des Ausschlusses Dritter.

Eine zuordnende Vorschrift ist auch im Falle der Freiheit nicht unmittelbar ersichtlich. Dieser Mangel wird einer der Gründe dafür gewesen sein, daß die Frage umstritten geblieben ist, welche Freiheit in § 823 Abs. 1 BGB gemeint ist. Die hM, insbesondere die Rechtsprechung, versteht unter dem Begriff "Freiheit" in § 823 Abs. 1 BGB die körperliche Bewegungsfreiheit³⁾. Dagegen wird auch die Meinung vertreten, daß mit dem Begriff "Freiheit" die Entscheidungs-

1) Man kann das Recht auf körperliche Integrität auch als Recht, sein Leben zu erhalten, seine Gesundheit zu erhalten und seine Geistes- und Leibeskräfte auszubilden, formulieren.

2) Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl., § 1004 Anm. 54; RGZ 60, 6; 148, 119; 156, 379; 166, 156 (quasi-negatorische Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche).

3) Palandt-Gramm, 26. Aufl., § 823 Anm. 4 c; Erman-Drees, 4. Aufl., § 823 Anm. 5; Esser, Schuldrecht (1959), § 202 1 a cc, S. 844; Enneccerus-Lehmann, 15. Aufl., § 234 I 2 d, S. 945; Planck-Flad, 4. Aufl., § 823 Anm. B II 1 b; Oertmann 3/4. u. 5. Aufl., § 823 Anm. 2 d; RGZ 48, 114, 123; 51, 369, 372; 58, 24, 28; 100, 213, 214; JW 1908, 679

freiheit schlechthin gemeint sei ¹⁾.

Für das richtige Verständnis des Begriffs in § 823 Abs. 1 BGB geben die Überlegungen der zweiten Kommission einen Ansatzpunkt ²⁾.

Bei den Erörterungen über den Schutz der Freiheit ging man damals ersichtlich von dem Begriff der Freiheit aus, wie er im Strafgesetzbuch von 1871 Verwendung gefunden hatte ³⁾. Das Strafgesetzbuch enthält im 18. Abschnitt Vorschriften über Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit, und zwar Vorschriften über Menschenraub (§§ 234, 235), Verschleppung (§ 234 a), Entführung (§§ 236, 237), Freiheitsentziehung (§ 239), erpresserischer Kindesraub (§ 239 a), Nötigung (§ 240) und Bedrohung (§ 241). § 234 StGB setzt mit dem Tatbestandsmerkmal "Bemächtigen" eine Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit voraus ⁴⁾. Für die Tatbestandsmerkmale des § 234 a "Verbringen, Zurückkehren" gilt dasselbe ⁵⁾. § 235 StGB schützt weniger die Freiheit als den Schutz familienrechtlicher Gewalt ⁶⁾. Er ist daher hier ohne Belang. Die §§ 236, 237 setzen mit dem Tatbestandsmerkmal der "Entführung" ebenfalls eine Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit voraus ⁷⁾. §§ 239, 239a befassen sich ausschließlich mit der körperlichen Bewegungsfreiheit ⁸⁾. § 240 betrifft die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung ⁹⁾. § 241 betrifft nicht die Freiheit, sondern das Vertrauen des Bürgers und den Rechtsfrieden ¹⁰⁾.

1) Ernst Wolf in Festschrift für v. Hippel, 1967, S. 665 ff.; 683; Heck, Schuldrecht § 148 3 b, S. 450; Staudinger-Engelmann, 7./8. Aufl., 1912, § 823 II A 2 c).

2) Protokolle II S. 573, 574

3) Planck-Flad, 4. Aufl., 1928, § 823 Anm. II 1 d

4) Schönke-Schröder, 1970, § 234 Anm. 1, 4 § 239 Anm. 1

5) Schönke-Schröder, 1970, § 234a Anm. 3

6) Schönke-Schröder, 1970, § 235 Anm. 1

7) Schönke-Schröder, 1970, § 236 Anm. 3, § 237 Anm. 5

8) Schönke-Schröder, 1970, § 239 Anm. 1, § 239a Anm. 1

9) Schönke-Schröder, 1970, § 240 Anm. 1

10) Schönke-Schröder, 1970, § 241 Anm. 1

Die Vorschriften 234 bis 239 StGB beziehen sich also auf die körperliche Bewegungsfreiheit, § 240 StGB auf die Entscheidungsfreiheit. Zwischen den §§ 234 bis 239 StGB einerseits und dem § 240 StGB andererseits fällt ein wesentlicher Unterschied auf: Während die erstgenannten Vorschriften die Rechtswidrigkeit durch ihre Tatbestandsmerkmale eindeutig festlegen (wobei die Rechtswidrigkeit nur durch Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen sein kann), ist in § 240 StGB mit der Erfüllung der Tatbestandsmerkmale die Rechtswidrigkeit nicht zugleich gegeben. Vielmehr bedarf es hier einer besonderen Prüfung gem. § 240 Abs. 2 StGB, ob die Erfüllung des Tatbestands im konkreten Fall auch rechtswidrig ist. § 240 StGB stellt also einen sogenannten "offenen Tatbestand" dar, d.h. anders als bei der Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit ist nicht jede Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit widerrechtlich, sondern nur diejenige, bei der die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist.

Der Gesetzgeber ging aber hinsichtlich des § 823 Abs. 1 BGB davon aus, daß jede Beeinträchtigung der Freiheit rechtswidrig sein würde¹⁾. Wenn aber jede Beeinträchtigung der Freiheit rechtswidrig sein soll, kann mit dem Begriff der Freiheit in § 823 Abs. 1 BGB nur die körperliche Bewegungsfreiheit gemeint sein, denn der Grundsatz, daß jede Beeinträchtigung der Freiheit rechtswidrig sei, ist bei der Entscheidungsfreiheit nicht durchführbar. Dieser Grundsatz ist deshalb bei der Entscheidungsfreiheit nicht durchführbar und auch im Strafgesetzbuch nicht durchgeführt worden, weil die Rechtswidrigkeit der Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit erst im konkreten Fall nach Form, Zweck und Mittel festgestellt werden muß. Mit Recht sagt das Reichsgericht²⁾, daß eine Verpflichtung zum Schadensersatz immer voraussetzen würde, daß eine widerrechtliche Verletzung der

1) Protokolle II S. 568

2) RGZ 58, 24, 28

freien Willensbetätigung vorliege. Es sei aber ausgeschlossen, daß das Gesetz die Einwirkung auf den fremden Willen schon aus dem Grunde für widerrechtlich erkläre, weil kein besonderes Recht (im Sinne eines Rechtfertigungsgrundes) zu dieser Einwirkung bestehe. Vielmehr könne man sich eine widerrechtliche Einwirkung auf die Willensfreiheit erst durch besondere weitere Tatbestandsmerkmale als gegeben denken, z. B. wenn Täuschung, Zwang oder Drohung gegeben sei.

Für dieses Ergebnis spricht auch der Umstand, daß der Begriff der Freiheit in § 823 Abs. 1 BGB in engem Zusammenhang mit dem Schutz des Körpers, des Lebens und der Gesundheit gestellt ist und auch aus diesem Zusammenhang seine Einschränkung auf die körperliche Bewegungsfreiheit erfährt ¹⁾. Es kommt hinzu, daß es dem Gesetzgeber darum ging, über den strafrechtlichen Schutz hinaus gerade die fahrlässige Beeinträchtigung der Freiheit zu schützen ²⁾. Fälle der Beeinträchtigung der körperlichen Bewegungsfreiheit (ohne Rechtfertigung immer rechtswidrig) durch fahrlässiges Verhalten sind ohne weiteres denkbar. Fälle der rechtswidrigen Beeinträchtigung der Willensentscheidung i. S. des § 240 StGB mittels Drohung oder Zwang durch fahrlässiges Verhalten ist kaum vorstellbar, weil Drohung oder Zwang finales Handeln voraussetzen ³⁾. Die Einordnung der Entscheidungsfreiheit in § 823 Abs. 1 BGB wäre unter dem Gesichtspunkt, daß gerade fahrlässige Eingriffe durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt werden sollten, also nicht sinnvoll ⁴⁾.

Ist die Freiheit im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB demnach als Bewegungsfreiheit aufzufassen, dann lassen sich meines Erachtens auch

1) Planck-Flad, 4. Aufl., 1928, § 823 A II 1 d;
Oertmann, 5. Aufl., 1929, § 823 Anm. 3

2) Protokolle II, S. 573, 574

3) Vgl. die "Unrechtstypen", die z. T. nur als finales Verhalten vorstellbar sind bei Stoll AcP 162, 203, 212 ff.

4) Ebenso Löwisch, S. 102, 103

Rechtssätze feststellen, die diese Freiheit einem Berechtigten ausdrücklich zuordnen und dadurch zum "Recht" erheben. Diese Zuordnung der Bewegungsfreiheit ist aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und aus Art. 5 der Europäischen Menschenrechts-Konvention herzuleiten. Diese Vorschriften bezwecken, daß jeder Einzelne berechtigt sein soll, einen beliebigen Ort aufzusuchen und sich dort aufhalten zu können.

ff) Relative Rechte

Auch bei relativen Rechten, insbesondere bei Forderungen ist eine Rechtsnorm, die dem Berechtigten allein ein bestimmtes Verhalten vorbehält, also eine Sachbefugnis, festzustellen. Das relative Recht, der gegen eine bestimmte andere Person gerichtete Anspruch, beinhaltet die Befugnis zu einer bestimmten Verhaltensweise, nämlich von dem Schuldner ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 Abs. 1 BGB). Diese Befugnis gehört zu dem Vermögen einer bestimmten Person und ist dieser Person ausschließlich vorbehalten. Nur dieser bestimmten Person kommt diese Befugnis zu, jede andere Person ist davon ausgeschlossen. Die ausschließliche Zugehörigkeit dieser Befugnis zum Vermögen einer bestimmten Person wird "Rechtszuständigkeit" genannt¹⁾. Diese Rechtszuständigkeit ist bei den relativen Rechten ebenso festzustellen wie bei subjektiven absoluten Rechten, z.B. beim Eigentum. Sie ist mit jedem subjektiven Recht gegeben, weil die Funktion des subjektiven Rechts darin besteht, einer bestimmten Person eine bestimmte Befugnis zuzuweisen.

Im Falle der relativen Rechte können Dritte auf Grund besonderer gesetzlicher Vorschriften in die Rechtszuständigkeit des Rechtsinhabers

1) Oertmann, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, Iherings Jahrb. 66 (1916) 159 ff.;
Larenz, Schuldrecht II, 9. Aufl., § 66 I S. 410;
Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl., 1966, S. 8 f.;
Soergel-Siebert-Zeuner, 10. Aufl., § 823 Anm. 34;
Man nennt diese Erscheinung auch "Außenwirkung" des relativen Rechts. Heck, Schuldrecht, § 150 S. 458; Koziol, S. 8 f, 138 ff.;
Löwisch, S. 132 Fn. 58, 146, 147

eingreifen und sie dadurch verletzen. Z. B. kann nach § 407 Abs. 1 BGB der Schuldner durch die Leistung an den alten Gläubiger die Forderung des neuen Gläubigers erlöschen lassen, wenn er unter bestimmten Voraussetzungen an den alten Gläubiger leistet ¹⁾. Andere Fälle des Eingriffs in die Rechtszuständigkeit ermöglichen u. a. die Vorschriften der §§ 851, 793 Abs. 1 Satz 2 und 2367 BGB.

Da eine Sachbefugnis also vorliegt, in die eingegriffen werden kann, wird die Rechtszuständigkeit eines relativen Rechts im Schrifttum von einigen Autoren als eine absolute, d. h. jeden anderen ausschließlich und des Schutzes gegenüber allen anderen fähigen und bedürftigen Rechtsposition und damit als "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB angesehen ²⁾.

Bevor man jedoch die Rechtszuständigkeit relativer Rechte als "sonstige Rechte" anerkennen kann, ist nach der hier vertretenen Auffassung auch die Frage zu klären, ob dieser Rechtsposition auch der Sachbefugnis entsprechende Abwehransprüche zukommen. Diese Frage wird von denjenigen, die die Anerkennung "relativer Rechte" als "sonstige Rechte" befürworten, in der Regel überhaupt nicht oder nur ganz am Rande erörtert ³⁾.

Mit Eingriffen in die Rechtszuständigkeit sind zugleich Eingriffe in die Verfügungsbefugnis gemeint. Nur durch eine Verfügung kann in die Rechtszuständigkeit eingegriffen werden, weil die Verfügung gerade als diejenige (rechtsgeschäftliche) Handlung definiert ist, die auf den

1) Das RG (RGZ 111, 299, 302) hat für diesen Fall die Außenwirkung oder die Möglichkeit des Eingriffs in die Rechtszuständigkeit durch einen Dritten ausdrücklich abgelehnt.

2) Siehe oben S. 88 Anm. 1; außerdem Fikentscher, Schuldrecht 3. Aufl. 1971 § 103 I b S. 619; v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Rabel I (1954) S. 335, 355; a. A. Otte JZ 1969, 253 ff.; Heck, Schuldrecht § 150 S. 458; Planck-Flad, 4. Aufl. 1928 § 823 Anm. II 1 f.

3) Larenz, Schuldrecht II 9. Aufl. 1968 § 66 I a S. 408 ff. erörtert die Frage überhaupt nicht, Löwisch, S. 27 nur am Rande.

Bestand eines Rechts unmittelbar einwirkt, d.h. ein bestehendes Recht inhaltlich ändert, belastet, aufhebt oder überträgt¹⁾. Mit der Übertragung ändert sich die Rechtszuständigkeit. Zur Klarstellung sei hinzugefügt, daß die Rechtszuständigkeit und damit die Verfügungsbefugnis sich nicht dadurch ändert, daß ein Dritter den aufgrund eines Schuldverhältnisses geschuldeten Gegenstand zerstört. In diesen Fällen bleibt das Schuldverhältnis bestehen, weil der Schuldner zur Leistung etwaiger Surrogate verpflichtet bleibt (§§ 281, 323 Abs. 2 BGB)²⁾, mag auch das Gesetz die Regelung treffen, daß der Schuldner unter diesen Umständen von seiner Verpflichtung zur Leistung des ursprünglich geschuldeten Gegenstands frei wird. Bleibt das Schuldverhältnis bestehen, so liegt in diesen Fällen keine Verfügung vor, die Rechtszuständigkeit ändert sich ebenfalls nicht.

Beim Eigentum waren Abwehransprüche zugunsten der Verfügungsbefugnis nachweisbar³⁾, wenn auch mit Einschränkungen im Vergleich zu den Abwehransprüchen zugunsten der Befugnisse, die tatsächliche Handlungen wie Benutzen, Gebrauchen, Verbrauchen usw. betreffen.

Die Frage, ob auch bezüglich der Verfügungsbefugnis und damit der Rechtszuständigkeit im Falle der relativen Rechte Abwehransprüche bestehen, wird nirgends eingehend erörtert. Lediglich in einigen Fällen, in denen der Eingriff in die Rechtszuständigkeit wegen der Rechtsscheinwirkung vom Gesetz ermöglicht wird, ist vorgeschlagen worden, die § 987 ff. analog anzuwenden, nämlich auf die Regelung der Inhaberpapiere (§ 793 Abs. 1 S. 2 BGB), der Legitimationspapiere (§ 808 BGB) und auf die Fälle des § 851 BGB⁴⁾ (in den Fällen des § 23 67 BGB gelten die den §§ 987 ff. BGB entsprechenden §§ 2018 ff. BGB).

1) Lehmann, 14. Aufl., S. 102

2) Soergel-Siebert-Schmidt, 9. Aufl., § 275 Anm. 1

3) Vgl. oben S. 77 f., 74 ff.

4) Otte JZ 1969, 253 ff.

Wie oben dargelegt ¹⁾, regeln die §§ 987 ff. BGB ganz spezielle Beeinträchtigungen der Verfügungsbefugnis, für andere Fälle der Beeinträchtigung der Verfügungsbefugnis gelten §§ 1004 Abs. 1, 823 ff. BGB.

Wenn die §§ 987 ff. BGB in den genannten Fällen der Inhaberpapiere, Legitimationspapiere etc. analog angewandt werden sollen, dann wäre es nur konsequent, auch § 1004 Abs. 1 BGB analog anzuwenden, wenn zwar keine Analogie zum nichtberechtigten Besitzer, aber eine Analogie zum berechtigten Besitzer möglich sein sollte.

In den Fällen der § 407, 408 BGB ist eine Anwendung der §§ 987 ff. BGB noch nicht diskutiert worden. In diesen Fällen hat jedoch der alte Gläubiger, vom Schuldner her gesehen, ebenfalls eine Rechtsstellung, die zwar nicht durch den Sachbesitz oder Papierbesitz, sondern durch die Kenntnis bzw. Unkenntnis des Schuldners von der bisherigen Inhaberschaft der Forderung hervorgerufen ist. Da es sich also auch in diesen Fällen um solche der Rechtsbeziehungen zwischen Inhaber und Scheininhaber handelt, könnte man fragen, ob nicht auch in diesen Fällen eine analoge Anwendung der §§ 987 ff. BGB möglich wäre. In den Fällen der §§ 407, 408 BGB liegen jedoch immer Vertragsbeziehungen zwischen dem Zedenten und dem Zessionar vor, da eine Abtretung ohne Vereinbarung nicht denkbar ist. Solche Beziehungen schließen die §§ 987 ff. BGB wegen des Grundsatzes des Vorranges des Vertragsverhältnisses aus ²⁾. Damit wäre aber gemäß den obigen Ausführungen u.U. die analoge Anwendung des § 1004 Abs. 1 BGB möglich.

In den Fällen der §§ 407, 408 BGB kann eine Vertragsbeziehung zwischen Zedent und Zessionar unter den Voraussetzungen des § 412 BGB fehlen. Hier wäre zu überlegen, ob die §§ 987 ff. BGB analog anzuwenden wären, so daß insoweit die Analogie zu den §§ 1004 Abs. 1,

1) Vgl. oben S. 71 ff., S. 74 ff.

2) Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl.,
Vorbem. §§ 987 - 993 Anm. 14

823 ff. BGB ausgeschlossen wäre.

Diese Fragen können im Rahmen dieser Arbeit nicht vertieft werden. Eine eingehende Erörterung ist auch nicht erforderlich, weil das Problem der Verletzung der Rechtszuständigkeit in den Fällen des Eingriffs in das Recht am Gewerbebetrieb keine Rolle spielt. Die obigen Ausführungen zeigen aber, daß es möglich sein dürfte, ähnlich wie beim Eigentum auch bei relativen Rechten bezüglich der Verfügungsbefugnis und damit auch der Rechtszuständigkeit Abwehransprüche nachzuweisen. Soweit diese Möglichkeit gegeben wäre, wäre die Rechtszuständigkeit als "sonstiges Recht" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB zu betrachten.

Es wird ferner die Ansicht vertreten, daß relative Rechte nicht nur in ihrer Rechtszuständigkeit, sondern auch darüberhinaus den Rechtsschutz des § 823 Abs. 1 BGB genießen würden. Die Richtigkeit dieser Ansicht ist hier zu prüfen, weil sie in der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb in den Fällen der Beeinträchtigung von Preisbindungssystemen eine Rolle spielt ¹⁾.

Koziol ²⁾ ist der Meinung, daß neben der Rechtszuständigkeit auch ein vom Forderungsrecht umfaßtes Recht auf die obligationsgemäße Willensrichtung des Schuldners und ein ebenfalls zum Forderungsrecht gehörendes Befriedigungsrecht durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt sei. Löwisch ³⁾ zählt die relativen Rechte (und damit auch die Forderungen) ohne jede Einschränkung zu den "sonstigen Rechten". Nach seiner Meinung ist der Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB jedoch dadurch begrenzt, daß nur bestimmte Arten von Verletzungshandlungen, nämlich grundsätzlich nur die "gegen das Recht gerichteten" Handlungen, tatbestandsmäßig i.S. des § 823 Abs. 1 BGB sind.

1) Vgl. unten S. 159 ff.

2) Koziol, S. 174 f.

3) Löwisch, S. 47, 80, 132 Fn. 58, 146, 147

Allerdings bestehen nach Löwisch Ausnahmen zu dieser Regel:

Z. B. setzen Beeinträchtigungen körperlicher Güter (Körper, Sachen¹⁾) und der Bewegungsfreiheit²⁾ nicht eine gegen das Recht gerichtete Handlung zur Tatbestandsmäßigkeit i. S. des § 823 Abs. 1 BGB voraus.

Koziol und Löwisch geht es bei ihren Erörterungen um die konkreten Fragen, ob beispielsweise ein Dritter ein relatives Recht dann beeinträchtigt, wenn er den vom Schuldner zu leistenden Gegenstand beeinträchtigt³⁾ oder ob er in ein relatives Recht eingreift, wenn er den Schuldner zur Nichterfüllung verleitet⁴⁾.

Wenn die Ansichten Löwischs und Koziols richtig sein sollen, dann müßten sich nach der hier vertretenen Auffassung, nämlich daß erste Voraussetzung für die Annahme eines "sonstigen Rechts" das Vorliegen einer Sachbefugnis ist, im Falle der relativen Rechte, d. h. im Falle der Ansprüche i. S. des § 194 Abs. 1 BGB, Sachbefugnisse nachweisen lassen. Diese Sachbefugnisse müßten auf irgendeine Art die Beeinträchtigung des geschuldeten Gegenstands durch einen Dritten oder die Verleitung des Schuldners zur Nichterfüllung des Vertrags durch einen Dritten mit einbeziehen und dadurch der Disposition des Gläubigers unterstellen. Denn die Sachbefugnis dient nicht nur der Zuordnung eines subjektiven Rechts zu einer bestimmten Person, sondern auch der Beschreibung und damit auch der Abgrenzung der Verhaltensweisen, die der berechtigten Person zugewiesen werden und ihr allein vorbehalten bleiben sollen⁵⁾.

Im Falle der Ansprüche beinhaltet die Sachbefugnis - abgesehen von der oben erörterten Rechtszuständigkeit und der evtl. damit verbunde-

1) Löwisch, S. 95, 98

2) Löwisch, S. 103

3) Koziol, S. 172 ff.; Löwisch, S. 141 ff.

4) Koziol, S. 62 ff.; Löwisch, S. 62 ff., 91 ff., 138 ff.

5) Vgl. oben S. 79 f.

nen Verfügungsbefugnis über den Anspruch¹⁾ - die Befugnis zu verlangen, daß ein anderer etwas tut oder unterläßt. Es liegt nahe, bei der Untersuchung, ob Ansprüchen als Voraussetzung der Anerkennung als "sonstiges Recht" eine Sachbefugnis zukommt, die auch die Einwirkung am Schuldverhältnis nicht beteiligter Dritter auf den Leistungsgegenstand oder das Verhalten des Schuldners miteinbezieht, zunächst die Ansprüche zu betrachten, die ein Unterlassen beinhalten, also die Störungsbeseitigungs- und Unterlassungsansprüche.

Diese Ansprüche könnten am ehesten mit einer Sachbefugnis verbunden sein, weil der Inhalt dieser Ansprüche gerade deshalb negativ, d.h. auf ein Unterlassen gerichtet sein könnte, um der Verwirklichung einer Sachbefugnis zu dienen²⁾. Untersucht man die Störungsbeseitigungs- und Unterlassungsansprüche daraufhin, ob mit ihnen eine entsprechende Verhalten des Anspruchsgegners einbeziehende Sachbefugnis verbunden ist, so stellt man folgendes fest: Eine solche Sachbefugnis steht beim Eigentum, bei den beschränkt dinglichen Rechten, den Immaterialgüterrechten, bei Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit i.S. des § 823 Abs. 1 BGB etc. den Abwehransprüchen zur Seite³⁾. Diese Sachbefugnis ist nicht nur mit Ansprüchen gegen einen bestimmten Gegner ausgestattet, sondern mit Abwehransprüchen gegen jeden Störer, sie wirkt absolut.

Daraus folgt, daß in den genannten Beispielen jeder Versuch eines Dritten, die Verhaltensweise eines bestimmten Anspruchsgegners zum Nachteil des Anspruchsberechtigten zu beeinflussen, den Dritten selbst zum Anspruchsgegner des Anspruchsberechtigten macht. Wenn also ein Dritter eine vom Besitzer nach § 985 BGB herauszugebende und

1) Verfügungen i.S. einer Abtretung der Ansprüche der §§ 985, 894 BGB sind ausgeschlossen, da sie nicht von der Sachbefugnis zu trennen sind.

Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl., § 985 Anm. 2;

Soergel-Siebert-Baur, 10. Aufl., § 894 Anm. 26

2) Vgl. Bucher, S. 109, 140 ff.

3) Vgl. oben S. 77 f., S. 81 ff.

in dessen Besitz befindliche Sache beeinträchtigt, so beeinträchtigt er das Eigentum des Anspruchsinhabers, wird selbst Anspruchsgegner nach § 1004 Abs. 1 BGB und verletzt das Eigentum i.S. des § 823 Abs. 1 BGB. Wer den Störer, der gemäß § 1004 Abs. 1 BGB verpflichtet ist, eine Beeinträchtigung des Eigentums zu beseitigen, dahin beeinflusst, die Beeinträchtigung nicht zu beseitigen, ist ebenfalls Störer und Eigentumsverletzer im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, zumindest ist er Anstifter oder Gehilfe nach § 830 Abs. 2 BGB.

Dieses Ergebnis leuchtet ein, wenn man bedenkt, daß Eigentum, beschränkt dingliche Rechte, Immaterialgüterrechte etc. deshalb "sonstige Rechte" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB darstellen, weil sie sowohl eine Sachbefugnis, als auch Abwehransprüche als Voraussetzungen der Anerkennung als "sonstiges Recht" aufweisen. Nicht der Anspruch allein ist in diesen Fällen ein "sonstiges Recht", sondern er zusammen mit einer Sachbefugnis.

Bei Abwehransprüchen zum Schutze rechtlich geschützter Interessen ist eine solche Sachbefugnis nicht nachweisbar, da die Anerkennung rechtlich geschützter Interessen gerade nicht auf einer Sachbefugnis, sondern allein auf besonderen Verhaltensnormen (Schutzgesetzen) beruht ¹⁾. Diese Abwehransprüche bilden daher nicht zusammen mit einer Sachbefugnis ein "sonstiges Recht" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB und werden daher von dieser Vorschrift nicht berührt.

Bei schuldrechtlichen, relativen Abwehransprüchen (z.B. schuldrechtlich vereinbarte Unterlassungsansprüche) ist ebenfalls keine Sachbefugnis des Gläubigers nachweisbar, die die Einwirkung Dritter auf die Verhaltensweisen des Schuldners einbeziehen würde. Diese Ansprüche können daher entgegen der Auffassung Koziols und Löwischs nicht "sonstige Rechte" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB sein. Wenn Parteien eines Schuldverhältnisses mit den Forderungen aus diesem

1) Vgl. unten S. 101 ff.

Quasi-negatorische Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche

Schuldverhältnis zugleich eine Sachbefugnis mit entsprechenden Abwehransprüchen des Gläubigers gegen jeden Dritten begründen könnten, würde eine Vereinbarung eines Schuldverhältnisses gleichzeitig Dritte verpflichten und damit zu Lasten Dritter wirken ¹⁾. Die Möglichkeit der Begründung von Verträgen zu Lasten Dritter würde der bestehenden Privatrechtsordnung, die auf dem Grundsatz der allgemeinen Handlungsfreiheit beruht ²⁾, eindeutig widersprechen ³⁾.

Vom Gesetz vorgesehene Einschränkungen zum Grundsatz der allgemeinen Handlungsfreiheit im Privatrecht stellen die subjektiven absoluten Rechte dar, durch deren Verleihung jeder Dritte zur Unterlassung von Störungen verpflichtet wird ⁴⁾ und die daher zur Monopolbildung bezüglich bestimmter Verhaltensweisen bei dem Berechtigten führen. Damit diese Einschränkung den Grundsatz der allgemeinen Handlungsfreiheit nicht aushöhlt, gilt in unserer Rechtsordnung das Prinzip des Typenzwangs oder des numerus clausus der subjektiven absoluten Rechte ⁵⁾. Wollte man annehmen, es bestehe aufgrund des Prinzips der Vertragsfreiheit im Schuldrecht die Möglichkeit, über den numerus clausus hinausgehende, Dritte verpflichtende subjektive absolute Rechte beliebigen Inhalts zu schaffen, dann würde der numerus clausus der subjektiven absoluten Rechte gesprengt. Daraus folgt, daß mit schuldrechtlichen relativen Rechten

1) Bucher, S. 109, 144

2) Reinhardt, Das subjektive Recht ... Versicherungsrecht 1961 Beiheft "Karlsruher Forum" S. 6;
Bucher, S. 53 f.

3) Das geben selbst Koziol, S. 136 f. und Löwisch, S. 23 zu.
RGZ 57, 353, 356; 95, 283; 111, 299, 302;
BGHZ 29, 65, 73, 74; Heck, Schuldrecht § 23 S. 87 ff. und § 150 S. 459 ff.;
Flassmann JZ 1963, 273, 274 und JZ 1964, 670 Fn. 2; Soergel-Siebert-Zeuner, 10. Aufl., § 823 Anm. 34 mit weiteren Nachweisen

4) Bucher, S. 156; Reinhardt, a.a.O., S. 8;
Buchner, S. 262

5) Heck, Schuldrecht § 23 S. 87 ff., § 150 S. 459 ff.;
Soergel-Siebert-Zeuner, 10. Aufl., § 823 Anm. 34 mit weiteren Nachweisen

keine Sachbefugnis verbunden sein kann, die zusammen mit gegen jeden Dritten gerichteten Abwehransprüchen ein "sonstiges Recht" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB bilden würden. Deshalb hat der Bundesgerichtshof mit Recht in seiner Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb ausgeführt, daß auf dem Umweg über den Schutz des Gewerbebetriebs nicht ein Schutz von Forderungsrechten eingeführt werden solle, dies wäre unserem geltenden Rechtssystem fremd ¹⁾. Daraus folgt, daß schuldrechtliche Abwehransprüche nicht als ein "sonstiges Recht" angesehen werden können.

Schuldrechtliche Ansprüche können sich auch auf eine positive Leistung, ein Tun beziehen. Aus dem Umstand, daß eine Sachbefugnis nur im Zusammenhang mit Abwehransprüchen vorstellbar ist, ergibt sich bereits, daß es bei den auf ein positives Tun gerichteten Ansprüchen keine Sachbefugnis und damit kein subjektives absolutes Recht geben kann ²⁾. Neben diesem begrifflichen Argument sprechen bei schuldrechtlichen Ansprüchen, die einen positiven Inhalt haben, aber insbesondere die oben dargelegten, aus den Grundprinzipien unserer Privatrechtsordnung gefolgerten Gründe gegen die Annahme der Zulässigkeit von Vereinbarungen zu Lasten Dritter.

Abgesehen von der Rechtszuständigkeit können relative Rechte demnach nur insofern als "sonstige Rechte" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB angesehen werden, als sie als Abwehransprüche mit einer Sachbefugnis verbunden sind und dem Schutze der dem Berechtigten in dieser Sachbefugnis vorbehaltenen Verhaltensweisen dienen. Z. B. stehen beim Eigentum, bei den beschränkt dinglichen Rechten, bei den Immaterialgüterrechten der Sachbefugnis Abwehransprüche zur Seite, um dem Berechtigten Schutz gegen Beeinträchtigungen der ihm vorbehaltenen Verhaltensweisen zu gewähren ³⁾. In diesen Fällen stellt nicht

1) BGHZ 29, 65, 73 f.

2) Vgl. Bucher, S. 142

3) Vgl. oben S. 79 f., 94 f.

der Anspruch allein ein "sonstiges Recht" dar, sondern er zusammen mit der Sachbefugnis.

3. Ergebnis

Legt man unter besonderer Berücksichtigung der Regelung des Eigentumsrechts den Begriff des "sonstigen Rechts" aus, so ergibt sich, daß dem Inhaber eines "sonstigen Rechts" in einer Sachbefugnis bestimmte Verhaltensweisen vorbehalten werden und daß ihm außerdem die Befugnis zukommt, Dritte von den in der Sachbefugnis beschriebenen und ihm vorbehaltenen Verhaltensweisen auszuschließen. Abwehransprüche bestehen hinsichtlich der Verfügungsbefugnis nur beschränkt. Ein "sonstiges Recht" wird daher unter folgenden Voraussetzungen zu bejahen sein:

1. Es müssen Rechtsnormen bestehen, die dem Berechtigten allein ausdrücklich zu bestimmten Verhaltensweisen berechtigen und diese Verhaltensweisen beschreiben.
2. Es müssen außerdem Rechtsnormen bestehen, die dem Berechtigten die Befugnis erteilen, eingetretene oder drohende Beeinträchtigungen der dem Berechtigten vorbehaltenen Verhaltensweisen durch Unbefugte auszuschließen. Für eine eventuell mit der Sachbefugnis eingeräumte Verfügungsbefugnis wird ein solcher Abwehranspruch nur in beschränktem Umfange vorausgesetzt.

Diese Befugnisse lassen sich z.B. bei den beschränkt dinglichen Rechten, den Immaterialgüterrechten, den in § 823 Abs. 1 BGB genannten Persönlichkeitsgütern, Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit nachweisen. Abgesehen von der Frage des Schutzes der Rechtszuständigkeit, die hier offengelassen wurde, können relative Rechte nur insofern als "sonstige Rechte" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB angesehen werden, als sie als Abwehransprüche mit einer Sachbefugnis verbun-

den sind und dem Schutze der dem Berechtigten in dieser Sachbefugnis vorbehaltenen Verhaltensweisen dienen. So stehen z.B. beim Eigentum, bei den beschränkt dinglichen Rechten, bei den Immaterialgüterrechten etc. der Sachbefugnis Abwehransprüche zur Seite, um dem Berechtigten Schutz gegen Beeinträchtigungen der ihm vorbehaltenen Verhaltensweisen zu gewähren. In diesen Fällen stellt nicht der Anspruch allein ein "sonstiges Recht" dar, sondern er zusammen mit der Sachbefugnis. Im übrigen stellen relative Rechte keine "sonstigen Rechte" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB dar.

Der Auslegung der vom Gesetz gewährten Sachbefugnis des jeweiligen subjektiven absoluten Rechts allein kann entnommen werden, welche Verhaltensweisen dem Berechtigten vorbehalten sein sollen. Daraus kann gefolgert werden, welche Verhaltensweisen eines Dritten als Verletzung des jeweiligen Rechts anzusehen sind. Bei dieser Untersuchung der Sachbefugnis der einzelnen Rechte (z.B. des Eigentums, des in der Aktie verbrieften Rechts) könnte sich ergeben, daß bei dem einen Recht Rechtsschutz nur gegen finale Verletzungshandlungen gewährt wird¹⁾, bei einem anderen jedoch gegen jede adäquat verursachte Beeinträchtigung²⁾. Die Untersuchung der jeweiligen Verletzungshandlung³⁾ darf also nicht bei der allgemeinen Norm des § 823 Abs. 1 BGB ansetzen, sondern bei der die Sachbefugnis des Eigentumsrechts oder eines "sonstigen Rechts" gewährenden Norm, z.B. bei § 903 BGB, bei § 47 PatG etc. Deshalb erscheint es auch richtiger, daß der Streit zwischen kausaler und finaler Handlungslehre über die Widerrechtlichkeit der unerlaubten Handlung im Zusammenhang mit § 903 BGB und den dieser Vorschrift entsprechenden andere subjektive absolute Rechte gewährenden Vorschriften geführt und da-

1) so nach RG bei der Aktie: RGZ 158, 248, 255;
Stoll AcP 162, 203 ff., 212 f.

2) so die h. L. für das Eigentum: vgl. Larenz, Schuldrecht II, 9. Aufl., § 66 I S. 424 ff. mit weiteren Nachweisen.

3) Vgl. Stoll AcP 162, 203 ff. "Unrechtstypen"

nach gefragt wird, welche Verhaltensweisen gem. § 903 BGB, § 47 PatG etc. dem Eigentümer, dem Patentinhaber etc. vorbehalten sind und welche Verhaltensweisen Dritter dementsprechend als Verletzungshandlung angesehen werden müssen. Es handelt sich bei dieser Erörterung der Widerrechtlichkeit und der damit verbundenen Güter- und Pflichtenabwägung um die Frage nach Umfang und Grenzen des subjektiven absoluten Rechts und nicht um die Frage nach Verletzung von Sorgfaltspflichten ¹⁾. Die Bestimmung des Umfangs und der Grenzen eines subjektiven absoluten Rechts kann dort schwierig sein, wo das Gesetz das subjektive absolute Recht sehr allgemein umschreibt, wie z. B. beim Persönlichkeitsrecht ²⁾.

Es ist nicht erforderlich, auf diese Problematik des Gegensatzes zwischen finaler und kausaler Handlungslehre im Rahmen dieser Arbeit näher einzugehen, weil beide Lehren die Verletzung eines "sonstigen Rechts" als Tatbestandsmerkmal des § 823 Abs. 1 BGB voraussetzen und weil es bei der Betrachtung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb um die Frage geht, ob überhaupt ein solches Recht besteht und verletzt werden kann. Daß diese Frage zu verneinen ist, wird noch gezeigt werden.

1) Bucher, S. 126

2) Bucher, a. a. O.

II. DAS VERHÄLTNIS VON § 823 ABS. 2 ZU

§ 823 ABS. 1 BGB

Die Ergänzung zu § 823 Abs. 1 BGB bildet § 823 Abs. 2 BGB. Nur im Zusammenhang mit dieser Ergänzung ist auch die Funktion des § 823 Abs. 1 BGB erst richtig zu verstehen:

§ 823 Abs. 2 BGB setzt nicht voraus, daß das Recht eines anderen verletzt ist, es genügt eine Beeinträchtigung der Interessen eines anderen, wenn bestimmte, verbotene Verhaltensweisen zu einem Schaden geführt haben. Welche Verhaltensweisen als verboten anzusehen sind, ergibt sich aus den "Schutzgesetzen", auf die § 823 Abs. 2 BGB Bezug nimmt. Schutzgesetze i.S. des § 823 Abs. 2 BGB sind nach ständiger Rechtsprechung diejenigen Normen, die dazu bestimmt sind, den einzelnen oder einen Personenkreis gegen die Verletzung bestimmter Interessen zu schützen ¹⁾.

Die Schutzgesetze müssen gerade (auch) den Schutz der Interessen der Betroffenen zum Ziele haben ²⁾. Die Schutzgesetze, die diese Interessen schützen, untersagen bestimmte Arten und Weisen der Beeinträchtigung und des beeinträchtigenden Verhaltens ³⁾. Sie stellen also Verbotssätze dar ⁴⁾. Im Verstoß gegen diese Verbotssätze liegt die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ⁵⁾. Die Beschreibung der Art und Weise der untersagten Interessenbeeinträchtigung findet sich in diesen Verbotssätzen. Diese Verbote können, brauchen aber nicht unbedingt dem Zivilrecht anzugehören. Tatsächlich gehören die meisten dieser Verbote nicht dem Zivilrecht an, sondern anderen Rechtsgebieten,

1) RGZ 128, 298, 300; 138, 219, 231; BGHZ 12, 146, 148; 22, 293, 297;

2) BGHZ 22, 293, 297; Soergel-Siebert-Zeuner, 10. Aufl., § 823 Anm. 334

3) Enneccerus-Lehmann, 13. Aufl., 1950, § 233, 2 c S. 882

4) RGZ 128, 298, 300; 138, 165, 168

5) Motive II S. 726

wie z.B. dem Strafrecht oder dem Polizeirecht ¹⁾.

Wenn die rechtlich geschützten Interessen allein durch eine Verbotsnorm festgelegt und umschrieben werden, so unterscheiden sie sich von den "sonstigen Rechten" dadurch, daß die letzteren durch Normen begründet werden, die ein bestimmtes Verhalten dem Berechtigten erlauben und zuordnen (Sachbefugnis) und dieses Verhalten zugleich allen unberechtigten Dritten verbieten ²⁾. Eine solche gewährende Norm findet man bei einem rechtlich geschützten Interesse nicht. Bei ihm findet man nur die Verbotsnorm.

Die rechtlich geschützten Interessen unterscheiden sich zum zweiten von den "sonstigen Rechten" nach dem Wortlaut des Gesetzes dadurch, daß die Rechtsfolgen der Beeinträchtigung anders geregelt sind. Zwar gleichen sich "sonstige Rechte" und das durch die Verbotsnorm geschützte Rechtsgut in der Regelung der zivilrechtlichen Folge des Schadensersatzes. Diese Folge wird nicht durch die das Interesse schützende Verbotsnorm selbst und auch nicht durch die das "sonstige Recht" gewährende Norm selbst festgelegt. Diese Folge wird vielmehr erst durch zivilrechtliche Normen statuiert, die für alle Fälle der Verletzung eines sonstigen Rechts (§ 823 Abs. 1 BGB) und für alle Fälle der Verletzung der ein Rechtsgut schützenden Verbotsnorm (§ 823 Abs. 2 BGB) die Rechtsfolge des Schadensersatzes vorschreiben ³⁾.

Der Unterschied liegt aber darin, daß eine ausdrückliche zivilrechtliche Norm fehlt, die für den Fall des Verstoßens gegen eine ein Interesse schützende Verbotsnorm die Rechtsfolge des Störungsbeseitigungsanspruchs und des Unterlassungsanspruchs vorsieht, wie sie durch § 1004 Abs. 1 BGB (in direkter und analoger Anwendung) bei Verletzung "sonstiger Rechte" wie z.B. bei Verletzung des Eigentums gewährt werden.

1) Soergel-Siebert-Zeuner, 10. Aufl., § 823 Anm. 344 ff.

2) § 903 1. Hs. BGB; Vgl. Ausführungen oben S. 62 ff.

3) Heck, Schuldrecht § 145, 6 a S. 439; Verweisungsnormen

Die Rechtsprechung hat sich jedoch auf den Standpunkt gestellt, daß dieser Unterschied zwischen "sonstigen Rechten" und rechtlich geschützten Interessen dem Wortlaut des Gesetzes zum Trotz nicht bestehe. Sie hat auch im Falle der Verbotsnormen nach § 823 Abs. 2 BGB angenommen, daß dadurch neben dem Schadensersatzanspruch auch die Rechtsfolge der Störungsbeseitigung und des Unterlassungsanspruchs eintrete. Sie hat dieses Ergebnis durch eine weitere analoge Anwendung des § 1004 Abs. 1 BGB auf die rechtlich geschützten Interessen gewonnen ^{1) 2)}.

Diese weitere analoge Anwendung des § 1004 Abs. 1 BGB auf rechtlich geschützte Interessen ist gerechtfertigt. Der gemeinsame Rechtsgedanke, der sowohl hinter der ein Recht gewährenden Norm als auch hinter dem Verbot steht, ist die Begünstigung, oder anders ausgedrückt, die bevorzugte Rechtslage gerade des Begünstigten. Schutzgesetze, die als solche im Zivilrecht anerkannt sind, dienen ebenso wie der ein Recht gewährende Rechtssatz gerade der Begünstigung des Berechtigten ³⁾. Der zivilrechtliche Schutz der Begünstigung erfolgt durch Gewährung der Befugnis, andere, die diese Begünstigung beeinträchtigen, nicht nur zum Schadensersatz heranziehen zu können, sondern vor allem die Beeinträchtigung von vorneherein untersagen und verhindern zu können.

Hinsichtlich der zivilrechtlichen Rechtsfolgen der Störungsbeseitigung und des Schadensersatzes wird also mit Recht kein Unterschied zwischen "sonstigem Recht" und den rechtlich geschützten Interessen gemacht. Der nach dem Wortlaut des Gesetzes insoweit bestehende Unterschied ist also durch die Rechtsprechung aufgehoben worden.

1) Quasi-negatorische Beseitigungs- und Unterlassungsklage
RGZ 60, 6; 148, 119; 156, 374; 166, 156

2) dabei wurde auch die Analogie des § 1004 Abs 1 S. 2 BGB auf bloß drohende Beeinträchtigungen übernommen.
RGZ 116, 151, 153; 156, 372, 374

3) Soergel-Siebert-Zeuner, 10. Aufl., § 823 Anm. 334

Der Unterschied zwischen "sonstigem Recht" und rechtlich geschützten Interessen besteht demnach allein darin, daß im ersten Fall eine gewährende Norm, im zweiten Fall eine Verbotsnorm ¹⁾ vorliegt.

Es ist bis zu einem gewissen Grade eine Frage gesetzgeberischer Zweckmäßigkeit, ob eine Begünstigung dadurch hergestellt wird, daß man den möglichen Beeinträchtigern der Begünstigung diese Beeinträchtigung durch eine Rechtsnorm verbietet oder ob eine Begünstigung dadurch geschaffen wird, daß man diese dem Begünstigten im Gegensatz zu anderen Nichtbegünstigten durch eine Norm gewährt, die ihm eine oder mehrere bestimmte Verhaltensweisen über die allgemeine Handlungsfreiheit hinaus ausdrücklich erlaubt und vorbehält. Der Gesetzgeber kann auch beide Arten der Begünstigung nebeneinander festlegen ²⁾.

Nach h. M. soll der wesentliche Unterschied zwischen "sonstigem Recht" und rechtlich geschützten Interessen darin bestehen, daß beim ersten ein Verhalten "umfassend und generell" geschützt sei, während sich beim zweiten der Schutz lediglich auf bestimmte Arten und Weisen des Eingriffs beschränke. Die durch ein Recht geschützten Interessen würden daher einen umfassenderen Schutz genießen als die durch § 823 Abs. 2 BGB geschützten Interessen ³⁾. Es fragt sich jedoch, ob in dieser Unterscheidung ein prinzipieller Unterschied liegt.

-
- 1) Vgl. dazu die in den Gesetzesmaterialien erwähnten Anknüpfungspunkte für die §§ 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB. Die zweite Kommission (Protokolle II, S. 567 f.) sah den Rechtskreis des einzelnen auf zweierlei Weise bestimmt, einmal durch die in seiner Person begründeten Rechte (Vermögensrechte und Persönlichkeitsrechte), die durch das an jedermann gerichtete Verbot des Eingreifens geschützt seien; zum anderen dadurch, daß das Gesetz (vor allem das Strafgesetz) dem einen im Interesse eines anderen gewisse Pflichten auferlege, ihm ein bestimmtes Verhalten gebiete oder verbiete.
 - 2) So genießt das Eigentum Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 242, 243 StGB.
 - 3) Enneccerus-Lehmann, 13. Aufl., 1950, § 233 2 c S. 882; Schulz-Schäffer S. 111, 118; Neumann-Duesberg SJZ 1950, 483; Leonhard, Schuldrecht II, S. 545, 565

Denn im Grunde können durch Gesetzesnormen immer nur bestimmte Arten und Weisen des Verhaltens des Schädigers angesprochen werden. Dies trifft auch für die Normen zu, in denen "ein sonstiges Recht" gewährt wird, das angeblich "umfassend und generell" geschützt sei. Zum Beispiel sind bei dem "sonstigen Recht" des Patents nur ganz bestimmte Arten von Verhaltensweisen den Berechtigten zugeordnet worden, nämlich Herstellen, Feilhalten, Gebrauchen und Inverkehrbringen. Der Gesetzgeber kann also auch bei der Gewährung von "sonstigen Rechten" die Reichweite der Norm beliebig durch Qualifikationen, die die Art und Weise eines Verhaltens bestimmen, einschränken oder erweitern. Mit Recht sagt daher Nipperdey ¹⁾, daß der Umfang des Schutzes bei den "sonstigen Rechten" variieren könne. Es gebe nur einen mehr oder weniger umfassenden, aber keinen generellen Schutz. Unterschiede, die dabei bestehen würden, seien nur graduelle.

Der Anwendungsbereich des § 823 Abs. 2 BGB ist seinem Wortlaut nach auf Schutzgesetze beschränkt. Man hat aber auch die Meinung vertreten, es gebe darüberhinaus Verbote, die wie ein Schutzgesetz zu behandeln seien. Dieser Gedanke ist nicht zuletzt im Zusammenhang mit der Frage des Unternehmensschutzes erörtert worden.

Gieseke ²⁾ machte den Vorschlag, "allgemeine Grundsätze, die unser soziales Zusammenleben beherrschen", als Schutzgesetze anzuerkennen. Dieser Vorschlag wurzelt in der Auffassung Giesekes, die auch vom BGH vertreten wird ³⁾, daß die Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb zur Ausfüllung von Lücken diene, die auf dem Gebiete des Rechtsschutzes des Unternehmens vorzufinden seien. Nach Ansicht Giesekes weist auch der durch Schutzgesetze gewährte Rechtsschutz im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB Lücken auf, die durch allgemeine unser soziales Zusammenleben bestimmende Grundsätze geschlossen werden könnten.

1) Enneccerus-Nipperdey, 15. Aufl., § 72 I 3. S. 433, 434

2) Gieseke, GRUR 1950, 298, 310 f.

3) BGHZ 36, 256; 38, 204

Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sind Gesetze. Gesetze sind nach Art. 2 EGBGB alle Rechtsnormen. Rechtsnormen im Sinne des Art. 2 EGBGB sind Gesetze, Rechtsverordnungen, autonome Satzungen ¹⁾. Ferner gehört hierher das Gewohnheitsrecht ²⁾.

Der Vorschlag Gieseke's hätte die Konsequenz, daß § 823 Abs. 2 BGB nicht nur eine Ermächtigung zur Anerkennung von Normen in Gestalt von Schutzgesetzen enthält - vorausgesetzt, daß diese Normen die übrigen Voraussetzungen für die Annahme eines Schutzgesetzes erfüllen ³⁾ - sondern darüber hinaus auch eine Ermächtigung zur Anerkennung anderweitiger Regeln ohne Normencharakter, wie z.B. von Grundsätzen des sozialen Zusammenlebens ⁴⁾ oder Regeln bewährter Lehre und Überlieferung ⁵⁾ beinhalten würde. Wäre dies der Fall, müßte § 823 Abs. 2 BGB eine Generalklausel für rechtswidrige (nicht sittenwidrige) Delikte enthalten, wie sie z.B. in Artikel 41 Abs. 1 Schw. OR ⁶⁾ besteht und den Richter in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2, 3 Schw. ZGB ⁷⁾ zur Entscheidung aufgrund von Gesetz, Gewohnheitsrecht und bewährter Lehre und Überlieferung ermächtigt.

§ 823 Abs. 2 BGB enthält jedoch keine Generalklausel, die zur rechtlich verbindlichen Anerkennung von Regeln ohne Normcharakter - wie z.B. allgemeiner Grundsätze des sozialen Zusammenlebens - ermächtigt. Im Bürgerlichen Gesetzbuch ist im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen bezüglich der rechtswidrigen (nicht sittenwidrigen) unerlaubten Handlungen das Enumerationsprinzip durchgeführt worden ⁸⁾.

1) Palandt-Danckelmann, 26. Aufl., Art. 2 EGBGB Anm. 2

2) Palandt-Danckelmann, a. a. O.

3) Der Schutz des Betroffenen muß von dem Zweck der Vorschrift mit umfaßt sein, RGZ 135, 165, 219

4) so Gieseke GRUR 1950, 310 f.

5) Art. 1 Abs. 2, 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches

6) Schweizerisches Obligationenrecht

7) Schweizerisches Zivilgesetzbuch

8) Enneccerus-Lehmann, 15. Aufl., § 229 II S. 866; Protokolle II S. 571; Larenz, Schuldrecht II, 7. Aufl., S. 402; Heck, Schuldrecht, § 148, 1 b, S. 449; Esser, Schuldrecht, § 202, 2 a, S. 849; von Caemmerer, Wandlungen, S. 66

Es wird dadurch verwirklicht, daß als Schutzgesetze viele konkret gefaßte Rechtsnormen, die auf Gesetz, Verordnung oder Gewohnheitsrecht beruhen, die rechtswidrigen Verhaltensweisen beschreiben. Soweit eine solche Norm nicht besteht, ist eine Rechtswidrigkeit i.S. des § 823 BGB nicht gegeben. Daher ist innerhalb des § 823 Abs. 2 BGB kein Raum für allgemeine Grundsätze des sozialen Zusammenlebens.

Ludwig Raiser versucht ebenfalls, die Anwendungsmöglichkeit des § 823 Abs. 2 BGB zu erweitern. Er knüpft an den Gedanken des Institutionenschutzes an¹⁾. Unter dem Begriff des Institutionenschutzes verstehe man den Schutz von Rechtsinstituten als den vom objektiven Recht geordneten typischen Lebensverhältnissen²⁾. Der Schutz der Institutionen sei einer der beiden Systemgedanken, an denen sich unser Privatrecht orientiere. Maßgeblich für das Privatrechtssystem sei zum einen der Ausbau und der Schutz des Wirkungsbereichs der Einzelperson durch Zuteilung subjektiver Rechte und zum anderen die Entfaltung und Sicherung der unser gesellschaftliches Leben durchsetzenden Institutionen durch die Ausbildung entsprechender Rechtsinstitute kraft objektiven Rechts³⁾. Der zweite Gedanke, der des Institutionenschutzes, sei von der Rechtslehre lange vernachlässigt worden⁴⁾. Die beiden Gestaltungsprinzipien ergänzten sich jedoch notwendigerweise im Aufbau des ganzen Privatrechts⁵⁾.

Raiser verdeutlicht seine Ansicht an Beispielen, u. a. an dem Eigentums- und Besitzrecht sowie an dem Wettbewerbsrecht⁶⁾. Der Eigentumsschutz gelte dem subjektiven Recht und der dahinterstehenden Person des Eigentümers, dem die Sache zugeteilt sei. Der Besitz-

1) Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in *Summum ius summa iniuria*. S. 145 ff.

2) Raiser, a. a. O., S. 147

3) Raiser, a. a. O., S. 148

4) Raiser, a. a. O., S. 149

5) Raiser, a. a. O., S. 149

6) Raiser, a. a. O., S. 154, 156

schutz dagegen gelte der Besitzordnung, die den Rechtsfrieden zu wahren habe. Das objektive Recht bediene sich nur des zufällig betroffenen Besitzers, um durch seine Selbsthilfe und notfalls durch seine Klage die gestörte Ordnung wiederherstellen zu lassen ¹⁾. Hier stehe also der Schutz eines Rechtsinstituts ganz im Vordergrund, freilich nach dem Grundprinzip des Privatrechts so, daß es der Initiative eines in seinen Interessen betroffenen Einzelnen bedürfe, um diesen Schutz wirksam werden zu lassen ²⁾.

Zum Beispiel des Wettbewerbsrechts führt Raiser folgendes aus: Das UWG habe nicht nur die Interessen der Mitbewerber zu schützen, sondern auch die der Verbraucher und der Allgemeinheit an der Lauterkeit des Wettbewerbs. Es sei sogar richtiger, nur von einem objektiven Schutzzweck der vom UWG aufgestellten Verhaltensnormen zu sprechen. Die Wettbewerbsordnung selbst sei daher als Gegenstand des angestrebten Schutzes zu betrachten. Der Schutz dieses Rechtsinstituts schließe den Schutz der Interessen der verschiedenen an dem betreffenden Markt beteiligten Wirtschaftssubjekte ein ³⁾.

Der Individual-Interessenschutz werde nicht, wie bei der Verletzung subjektiver Rechte um der Person des Rechtsträgers willen, sondern als Mittel zum Zweck des Institutionenschutzes gewährt ⁴⁾. Einer der Zwecke des § 823 Abs. 2 BGB sei u. a. auch der, die Rechtsinstitute des Privatrechts zu sichern ⁵⁾. Auch für den Schutz des Unternehmens im Rahmen der Wettbewerbsordnung wäre, soweit die bestehenden Spezialbestimmungen nicht ausreichen, besser auf § 823 Abs. 2 BGB als auf die Annahme eines subjektiven absoluten Rechts am Unternehmensbestand zurückzugreifen, dessen Inhalt und Umfang sich gar nicht generell bestimmen lasse ⁶⁾.

1) Raiser, a. a. O., S. 154

2) Raiser, a. a. O., S. 154, 155

3) Raiser, a. a. O., S. 156

4) Raiser, a. a. O., S. 159

5) Raiser, a. a. O., S. 158

6) Raiser, a. a. O., S. 158, 159

Es geht Raiser also darum, § 823 Abs. 2 BGB für den Institutionenschutz zu aktivieren ¹⁾. Diese Aktivierung ist nach seiner Ansicht auf zwei Arten möglich: Einmal sind Vorschriften als Schutzgesetze i.S. des § 823 Abs. 2 BGB auch dann anzuerkennen, wenn sie allein dem Schutz der Institutionen, nicht aber dem des betroffenen einzelnen dienen. Zum anderen sind, soweit einschlägige Vorschriften nicht gegeben sind, die Rechtsinstitute selbst als Schutzgesetze i.S. des § 823 Abs. 2 BGB anzuerkennen ²⁾.

Der Gedanke des Institutionenschutzes wird jedoch zwei Voraussetzungen nicht gerecht, von denen die Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 2 BGB abhängt. Diese Vorschrift erfordert als Schutzgesetz Rechtsnormen i.S. des Art. 2 EGBGB, d.h. Normen des Gesetzes-, des Verordnungs- oder des Gewohnheitsrechts ³⁾. Darüberhinaus setzt § 823 Abs. 2 BGB voraus, daß der Zweck der Norm darin besteht, den einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen Verletzungen von Rechtsgütern zu schützen ⁴⁾.

Die Institutionen werden zwar durch Normen konstituiert, sie selbst haben jedoch nicht die Qualität von Normen. Ihre Anerkennung als Schutzgesetze würde deshalb gegen Art. 2 EGBGB verstoßen. Es ist daher nicht ersichtlich, auf welche Weise der Gedanke Raisers, die Rechtsinstitute als Schutzgesetze anzuerkennen, in Übereinstimmung mit Art. 2 EGBGB durchführbar sein soll. Es kommt folgendes Bedenken hinzu: Würde eine Norm i.S. des Art. 2 EGBGB vorliegen, so setzt § 823 Abs. 2 BGB ferner voraus, daß der Zweck dieser Norm nicht nur den Institutionenschutz, sondern auch den Individual-

1) Vgl. Löwisch, S. 126

2) Vgl. Löwisch, S. 133

3) Vgl. Text oben S. 106

4) RGZ 128, 298, 300; 138, 219, 231;
BGHZ 12, 146, 148; 22, 293, 297

Dabei ist es nicht erforderlich, daß dies die einzige Aufgabe der Norm ist, es genügt, daß sie zu einem anderen Normzweck, so etwa dem des Schutzes der Allgemeinheit, hinzutritt (BGHZ 22, 293, 297).

schutz umfassen muß. Es ist die Funktion des § 823 BGB, gerade den einzelnen in seiner Rechtssphäre zu schützen ¹⁾, d. h. nur derjenige soll Schadensersatz verlangen dürfen, der in seiner eigenen Rechtssphäre beeinträchtigt ist. Würde eine Norm allein den Schutz einer Institution und nicht auch den Schutz des einzelnen bezwecken, könnte sie also nicht als Schutzgesetz anerkannt werden. Der Gedanke des Institutionenschutzes geht demnach von anderen Voraussetzungen aus als das geltende Recht über die unerlaubten Handlungen. Wenn man den Gedanken des Institutionenschutzes zum Tragen bringen möchte, müßte das System unseres augenblicklichen Schadensersatzrechtes durch Gesetz geändert werden.

1) Motive II S. 725

III. UNTERSUCHUNG DER FRAGE, OB SICH IN UNSERER RECHTS- ORDNUNG NORMEN FINDEN LASSEN, DIE EIN "SONSTIGES RECHT" AM EINGERICHTETEN UND AUSGEÜBTEN GEWERBE- BETRIEB BEGRÜNDEN

Versucht man nach den bisherigen Erörterungen den Standort zu bestimmen, an dem der Unternehmensschutz im Deliktsrecht seinen rechten Platz findet, dann ergibt sich auf Grund des hier gezeigten Bildes von den haftungsbegründeten Tatbeständen folgendes:

In erster Linie ist zu prüfen, ob man sich das Unternehmen als Gegenstand eines "sonstigen Rechts", wie es hier erläutert wurde, vorstellen kann. Konkret müßte die Frage lauten, ob irgendwo im Gesetz eine Sachbefugnis mit dem Unternehmen verbunden wird, wie wir sie als charakteristisch für die "sonstigen Rechte" ¹⁾ festgestellt haben.

A) Vorschriften über den Gewerbebetrieb

In den §§ 98 Ziff. 1, 112, 560 Satz 2, 701 Abs. 1, 1431 Abs. 1 Satz 1, 1462 Satz 2, 1645, 1822 Nr. 4, 1825 Abs. 1 und 1827 Abs. 2 BGB wird der "gewerbliche Betrieb", "Betrieb eines Erwerbsgeschäfts", "Betrieb eines Geschäfts", "Betrieb eines Gewerbes" oder eines "Erwerbsgeschäfts" als Tatbestandsvoraussetzung genannt. Aber weder geben diese Vorschriften eine Beschreibung des Inhalts des angesprochenen Gegenstands, noch läßt sich aus ihnen entnehmen, daß sie eine Sachbefugnis gewähren. Das gilt auch für § 1 HGB.

In den §§ 3 AktG, 4 GmbHG, 1 GWB, 6 GenG, 16 UWG, 1 KSchG, 46 BetrVerfG, 2 UmStG, 151 Abs. 2 VVG ist vom "Unternehmen", "Geschäftsbetrieb", "gewerblichen Unternehmen" und "Erwerbsgeschäft" die Rede. Diese Begriffe werden in den genannten Vorschriften ebenfalls als Tatbestandsvoraussetzung ohne Definition gebraucht. Eine Sachbefugnis wird in diesen Vorschriften ebenfalls nicht statuiert.

1) Vgl. oben S. 79 f.

Alle diese Vorschriften stellen also keine gewährenden Normen i. S. einer Sachbefugnis dar. Sie erwähnen die Ausdrücke "Unternehmen", "Erwerbsgeschäft", "Gewerbebetrieb" etc. nur als Tatbestandsvoraussetzungen für eine bestimmte Rechtsfolge, ohne daß diese Tatbestandsvoraussetzungen definiert sind. Es ist herrschende Meinung, daß ein allgemeiner Begriff des Gewerbebetriebs, der den angeführten Bestimmungen zu Grunde liegen würde, nicht nachweisbar ist ¹⁾.

Zwei Vorschriften sind dagegen hier besonders eingehend zu untersuchen, weil sie ihrem Wortlaut nach eine gewährende Norm mit dem Inhalt eines Rechts am Gewerbebetrieb enthalten könnten. Es handelt sich um die Vorschriften des § 1 GewO und des Art. 12 Abs. 1 GG.

B) § 1 Abs. 1 GewO lautet:

Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.

Dem Wortlaut nach könnte hier eine Befugnis als Grundlage eines "sonstigen Rechts" vorliegen. Denn jedermann wird ausdrücklich gestattet, ein Gewerbe zu betreiben. Diese Vorschrift spricht also von einem Handelndürfen im Sinne eines Darfrechts ²⁾.

Diese Vorschrift wird inhaltlich dahin konkretisiert, daß dem Einzelnen ausdrücklich gestattet sei, ein Gewerbe zu beginnen (zu einem Gewerbe zugelassen zu werden) und ein begonnenes Gewerbe fortzusetzen oder auszuüben ³⁾. Mit anderen Worten bezieht sich § 1

1) Müller-Henneberg-Bartholomeyczik, 1958, § 22 GWB Anm. 4; Gieseke, Festschrift für Heymann, 1940, S. 118; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Aufl., 1964, I. Bd., Allg. 98; Ernst Wolf, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Festschrift für Fritz v. Hippel (1967) S. 665 ff., S. 669 ff.

2) Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1900, S. 22

3) Landmann-Rohmer, GewO, 12. Aufl., Stand Anfang 1969, § 1 Anm. 12

Abs. 1 GewO auf die gewerbliche Betätigung eines Gewerbetreibenden, und zwar sowohl auf die Zulassung zur gewerblichen Betätigung, als auch auf ihre Ausübung und Fortsetzung im bereits begonnenen Gewerbebetrieb. Den begonnenen Gewerbebetrieb könnte man demnach auch als den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bezeichnen. Wenn also ein Recht auf gewerbliche Betätigung im Sinne eines Herrschaftsrechts bestehen würde, könnte davon auch ein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb mit umfaßt sein.

Es fragt sich, ob mit dieser Vorschrift des § 1 Abs. 1 GewO vom Gesetzgeber tatsächlich eine Befugnis auf gewerbliche Betätigung mit Wirkung gegen jeden Dritten erteilt werden sollte.

1. Aus dem Wortlaut des § 1 GewO, der von einer "Gestattung" des Gewerbebetriebs spricht, kann man schließen, daß der Grundsatz der Gewerbefreiheit sich in erster Linie auf das Verhältnis zwischen hoheitlicher Gewalt und Bürger bezieht. Der Einzelne soll in seiner gewerblichen Entfaltung vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt bewahrt bleiben, soweit solche Eingriffe nicht durch die GewO selbst oder durch andere Bundesgesetze zugelassen sind und soweit es sich nicht um bloße Beschränkung der Gewerbeausübung durch allgemeine polizeiliche Vorschriften im Interesse des Gemeinwohls handelt ¹⁾.

Es ist heute allgemein anerkannt, daß § 1 GewO ein subjektives öffentliches Recht gewährt ²⁾. Insofern liegt ein gegen die öffentliche Gewalt gerichtetes Darfrecht vor.

Unter dieser Voraussetzung hat die Vorschrift des § 1 GewO noch eine weitere Wirkung. Da der Zugang zum Betrieb eines Gewerbes von seiten des Staates grundsätzlich niemanden verwehrt werden darf, so begegnet der gegen den Staat gerichtete Anspruch des ein-

1) Landmann-Rohmer, GewO, 12. Aufl.,
Stand Anfang 1969, § 1 Anm. 6

2) Landmann-Rohmer, a. a. O., § 1 Anm. 12

zeln auf Zulassung zum Gewerbebetrieb den gleichgerichteten Ansprüchen anderer Personen. Daraus folgt, daß § 1 GewO notwendigerweise auch den Grundsatz des freien Wettbewerbs der einzelnen Gewerbetreibenden untereinander in sich schließt. Mit der Gewerbeordnung sollte also die gewerbliche Wettbewerbsfreiheit eingeführt werden¹⁾.

2. Es fragt sich ferner, ob § 1 GewO nicht nur ein Recht gegen den Staat gewähre, sondern auch im Verhältnis zu privaten Dritten. Ein solches Recht, das auch im Verhältnis zu privaten Dritten bestehe, wird von einem Teil des Schrifttums abgelehnt²⁾. Von einem anderen wird es bejaht³⁾.

Das Prinzip des freien Wettbewerbs, das - wie oben ausgeführt - durch § 1 GewO institutionalisiert wird, schließt jedoch aus, daß diese Vorschrift ihrem Inhalt nach eine Sachbefugnis enthält, die ein privates Recht auf freie gewerbliche Betätigung gewähren würde. Diese These folgt aus nachstehenden Überlegungen:

a) Wenn § 1 GewO die Wettbewerbsfreiheit als Institution garantiert, so schützt er den Wettbewerber zwar vor bestimmten Beeinträchtigungen der hoheitlichen Gewalt, nicht aber vor Beeinträchtigungen jeder Art, beispielsweise der Konkurrenten. Denn der Wettbewerber ist nach § 1 GewO sowohl den rechtlichen Beschränkungen ausgesetzt, die nach § 1 GewO erlaubt sind, als auch den tatsächlichen Beschrän-

1) Landmann-Rohmer, a. a. O., § 1 Anm. 6;

Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 2. Aufl., 1953, S. 647

2) Seydel, Bayrisches Staatsrecht, 3. Bd., § 360 S. 397 Fn. 32; Schecher, in: Seydel-Schecher, Gewerbepolizeirecht des Deutschen Reiches 1910, S. 7, 8; Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf 1933, S. 289; Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches 3. Bd., § 77 I S. 207 Fn. 1; Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, S. 104

3) Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbekonzession, 1889, S. 10, 17 - 25; Sarwey, Öffentliches Recht, S. 524; Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., Bd. 2, S. 593 (Bürgerliches Recht von Kohler)

kungen, die gerade der Wettbewerb mit sich bringt. Der Wettbewerb hat eine Auslesefunktion. Er begünstigt den Leistungsstarken gegenüber dem Leistungsschwächeren. Die Beeinträchtigung des Leistungsschwächeren kann bis zur Vernichtung seiner wirtschaftlichen Existenz führen.

Wenn also die Vorschrift des § 1 GewO solche Beeinträchtigungen in Kauf nimmt, so enthält diese Vorschrift keine Aussage darüber, daß den Gewerbetreibenden ein nicht zu beeinträchtigendes Recht mit Wirkung gegen jeden Dritten zustehen soll. § 1 GewO kann deshalb keine Sachbefugnis beinhalten, die dem Berechtigten ein "sonstiges Recht" einräumen würde, das gegen jeden Dritten geschützt wäre.

b) Ein "sonstiges Recht" bezieht sich auf ganz bestimmte Verhaltensweisen. Diese Verhaltensweisen werden dem Berechtigten zugeordnet und jeder Dritte von diesen Verhaltensweisen ausgeschlossen. So hat nur der Eigentümer Gewalt über seine ihm gehörende Sache. Ebenso hat nur der Patentinhaber bezüglich einer ganz bestimmten Erfindung ein ausschließliches Recht.

Der freie Wettbewerb wird durch ein bestimmtes Verhalten mehrerer hergestellt, das ebenfalls durch bestimmte Merkmale gekennzeichnet ist. Diese Merkmale lassen sich wie folgt kennzeichnen: der Wettbewerb besteht in einem Verhalten mehrerer Unternehmer oder Gewerbetreibender auf einem bestimmten Markt mit dem Ziele, zum Geschäftsabschluß mit Dritten zu gelangen ¹⁾.

Oder anders gesagt: Der Wettbewerb besteht in dem auf Geschäftsabschlüsse mit Dritten auf einem bestimmten Markt gerichteten Verhalten mehrerer Unternehmer oder Gewerbetreibender, in dem sie nur durch das gleichartige Verhalten anderer Unternehmer oder Gewerbetreibender beschränkt sind ²⁾.

1) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I, 9. Aufl., Allg. Grundlagen 2

2) Baumbach-Hefermehl, a. a. O., Allg. Grundlagen 4

Das gleichartige Verhalten auf demselben Markt kann sich dabei in concreto von dem Verhalten des Wettbewerbers erheblich unterscheiden, weil die weiteren Merkmale eines konkreten Verhaltens, die zu den in der obigen Definition genannten Merkmalen hinzukommen, sehr verschieden sein können. Gleichartig sind aber zwei Verhaltensweisen immer dann, wenn sie in den obengenannten wesentlichen Merkmalen übereinstimmen.

Da der Wettbewerb nur dadurch entstehen kann, daß sich nicht nur einer in der beschriebenen Art und Weise verhält, sondern mehrere, darf diese Verhaltensweise gerade nicht zum Gegenstand eines monopolisierenden "sonstigen Rechts" gemacht werden, da es einen Berechtigten gegenüber anderen bevorzugt und Anspruch auf Ausschluß anderer gewährt. Legen Vorschriften fest, daß Wettbewerb herrschen soll, dann ist mit ihnen gerade das Gegenteil von dem gewollt, was vom Gesetz mit der Gewährung eines "sonstigen Rechts" gewollt ist ¹⁾.

c) § 1 GewO muß auch im Zusammenhang mit den §§ 7 ff. GewO gesehen werden. Diese Vorschriften haben Rechte mit monopolartigem Charakter, nämlich ausschließliche Gewerbeberechtigungen, z. T. verbunden mit Zwangs- und Bannrecht, aufgehoben ²⁾.

-
- 1) Ein "sonstiges Recht" gewährt ein Monopol auf eine oder mehrere bestimmte Verhaltensweisen. Jede Marktform (vollständige Konkurrenz, wirksame Konkurrenz, Oligopol etc.) mit Ausnahme des reinen Monopols ist Wettbewerb im Sinne des GWB (Müller-Henneberg-Schwarz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl.)
 - 2) Zu den Begriffen vgl. Landmann-Rohmer I, 12. Aufl., Anm. 3, 4 zu § 7 GewO; Ausschließliche Gewerbeberechtigungen waren Berechtigungen, vermöge deren der Berechtigte zum Vorteil des eigenen Gewerbebetriebs den gleichen Betrieb innerhalb eines bestimmten Bezirks allen anderen Personen untersagen oder sie darin beschränken konnte. Zwangs- und Bannrecht sind Rechte, vermöge deren der Berechtigte bestimmten Personen oder den Besitzern gewisser Grundstücke oder den Bewohnern eines gewissen Bezirks oder gewissen Klassen derselben verbieten darf, gewisse wirtschaftliche Bedürfnisse bei anderen Personen zu befriedigen (z. B. Mahlzwang, Bierzwang, Fleischzwang).

Diese Gewerbeberechtigten stellten subjektive Monopolrechte dar ¹⁾.

§ 1 GewO bringt die Konsequenz der Aufhebung der genannten Monopolrechte zum Ausdruck. Diese Konsequenz besteht nicht darin, daß neue ausschließliche Rechte geschaffen werden, die gemäß der Formulierung des § 1 GewO in ihrem Inhalt wesentlich weitergehen würden als die alten Zwangs- und Bannrechte ²⁾, sondern das angeordnet wurde, daß jeder ungehindert durch die aufgehobenen ausschließlichen Rechte eines anderen sein Gewerbe betreiben kann. § 1 GewO kann auch aus diesem Grunde keine Sachbefugnis enthalten, die einem Berechtigten ein ausschließliches Recht auf seine freie gewerbliche Betätigung verleihen würde ³⁾.

Kann aufgrund der obigen Überlegungen kein Herrschaftsrecht angenommen werden, das die gewerbliche Betätigung zum Inhalt hat, dann kann auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb nicht im Rahmen eines Rechts auf freie gewerbliche Betätigung Gegenstand eines Herrschaftsrechts sein ⁴⁾.

C) Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz garantiert als grundrechtliche Freiheit die Berufswahl und die Berufsausübung ⁵⁾.

Auf die Frage, inwieweit Beschränkungen der Berufswahl und der Berufsausübung verfassungsrechtlich zulässig sind ⁶⁾, soll hier nicht eingegangen werden. In jedem Fall sind diese Freiheiten mit ihrem Wesensgehalt gegen Eingriffe durch den Staat geschützt (Art. 19

1) Bachof in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte III. Band 1. Halbband: Die Freiheit des Berufs, S. 155 ff., 205

2) Vgl. § 10 Abs. 1 GewO

3) Das Reichsgericht ging deshalb zu Recht davon aus, daß § 1 GewO kein subjektives Privatrecht gewähre (RGZ 58, 24 ff.; 100, 213, 214). Diese Erkenntnis hat das Reichsgericht aber nicht daran gehindert, dennoch in RGZ 58, 24 ff. ein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anzuerkennen.

4) Vgl. Buchner, S. 23, 24, 124, 125

5) Maunz-Dürig-Herzog, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., Art. 12 Anm. 1

6) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, a. a. O., Art. 12 Anm. 29 ff.

Abs. 2 GG). Art. 12 Abs. 1 GG gewährt ein subjektiv öffentliches Recht gegen die öffentliche Gewalt ¹⁾.

Den Inhalt dieses Rechts kann man wie folgt beschreiben: Jeder Deutsche hat das verfassungsmäßige Recht, sich auf einen von ihm frei gewählten Beruf vorzubereiten, und, wenn er ausreichende Berufskennntnisse und Fähigkeiten besitzt, diesen Beruf auch wirklich auszuüben ²⁾. Der Begriff des Berufs i.S. des Art. 12 Abs. 1 GG umfaßt den Begriff des Gewerbes ³⁾. Die Berufsfreiheit umfaßt daher auch die Gewerbefreiheit i.S. des § 1 GewO ³⁾. Es gilt daher auch der Satz: Jeder Deutsche hat das verfassungsmäßige Recht, sich auf ein von ihm frei gewähltes Gewerbe vorzubereiten und, wenn er ausreichende Kennntnisse und Fähigkeiten besitzt, dieses Gewerbe auch wirklich auszuüben.

Wenn der Zugang zu einem gewerblichen Beruf und dessen Ausübung niemandem grundsätzlich verwehrt werden darf, so begegnet auch in Art. 12 Abs. 1 GG der gegen den Staat gerichtete Anspruch des Einzelnen auf Zulassung zum Gewerbe den gleich gerichteten Ansprüchen anderer Personen. Daraus folgt, daß Art. 12 Abs. 1 GG notwendigerweise auch den Grundsatz des freien Wettbewerbs einzelner Gewerbetreibender untereinander in sich schließt ⁴⁾. Soweit also das Gewer-

1) Maunz-Dürig-Herzog, a. a. O., Art. 12 Anm. 3; Bachof, Die Freiheit des Berufs, a. a. O., S. 163

2) Landmann-Rohmer, 12. Aufl., Einl. Anm. 40 C

3) Maunz-Dürig-Herzog, a. a. O., Art. 12 Anm. 56; Landmann-Rohmer, 12. Aufl., Einl. Anm. 30; Enneccerus-Nipperdey, 15. Aufl., § 15 II 5 e S. 108; Hamann, Das Grundgesetz, Kommentar II. Aufl., 1960, Art. 12 Anm. 2 b; BGH DVBl. 1953, 471, 472; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 2. Aufl., 1953, S. 666; Bachof, Die Freiheit des Berufs, a. a. O., S. 155 ff., 186)

4) Enneccerus-Nipperdey, 15. Aufl., § 15 II 5 e S. 108: Konkurrenzschutz rechtfertigt niemals einen Eingriff in das Recht der freien Berufswahl; BVerfGE, 377, 408; Bachof, a. a. O., S. 234; Ballerstedt in Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Wirtschaftsverfassungsrecht, III. Band, 1. Halbband S. 1 ff. S. 70: Die Wettbewerbsfreiheit ist bereits mit der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung, der Vertragsfreiheit und der Vereinigungsfreiheit durch Artikel 12 Abs. 1 GG geschützt.

be in Rede steht, spricht Art. 12 Abs. 1 GG als Verfassungsnorm ebenfalls den Grundsatz des freien Wettbewerbs aus, wie es § 1 GewO im Range einer bundesgesetzlichen Regelung tut ¹⁾. Wie zu § 1 GewO bereits ausgeführt, schließt dieser Grundsatz gerade die Annahme eines ausschließlichen Rechts am Gewerbebetrieb mit Wirkung gegen jeden Dritten aus. Art. 12 Abs. 1 GG kann daher schon aus diesem Grunde keine Sachbefugnis enthalten, die einem Berechtigten ein ausschließliches Privatrecht verleihen würde.

Da sich schon aus dieser Überlegung ergibt, daß Art. 12 Abs. 1 GG kein Recht mit Wirkung gegen jeden Dritten gewährt, braucht für die Beantwortung der Frage, ob Art. 12 Abs. 1 GG ein subjektives Privatrecht verleiht, nicht auf das schwierige Problem der Drittwirkung der Grundrechte eingegangen zu werden ²⁾.

D) Ergebnis

Es ist keine Rechtsnorm ersichtlich, die ein subjektives Recht i.S. eines "sonstigen Rechts" am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gewähren würde.

1) BVerfGE 7, 377, 408: Art. 12 I GG gibt dem einzelnen Unternehmer kein Recht gegen die wirtschaftliche Betätigung anderer; BGH GRUR 1952, 582: Die Berufsfreiheit schließt Wettbewerbsfreiheit notwendig ein; Enneccerus-Nipperdey, 15. Aufl., § 15 II 3 S. 85 ff., S. 92 Fn. 58

2) Hamann a.a.O., Art. 12 Anm. 1: Eine Drittwirkung äußert Art. 12 GG nicht; Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O., Art. 12 Anm. 4; Bachof, Freiheit des Berufs, S. 173; Enneccerus-Nipperdey, 15. Aufl., § 15 II 3 b S. 93 ff., S. 93 Fn. 62 mit weiteren Nachweisen.

III. Teil:

Untersuchung der Anwendbarkeit der Grundtatbestände der §§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2 und 826 BGB auf die Sachverhalte, die Gegenstand der Rechtsprechung zum sog. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb waren

I. VORBEMERKUNG

Jeder Versuch, den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Gegenstand eines "sonstigen Rechts" anzuerkennen, müßte dazu führen, daß man an die Stelle des Deliktschutzes, wie ihn der Gesetzgeber konzipiert hat, ein ganz anderes System setzen müßte. Das hat man in der Tat auch versucht, wie in den einleitenden Kapiteln der Arbeit dargestellt wurde. Welche Zweifel sich mit den verschiedenen Konstruktionsversuchen verbinden, wurde im gleichen Zusammenhang schon ausgeführt. Die Skepsis, die man allen diesen Versuchen gegenüber anmelden kann, sollte deshalb Veranlassung geben, sich noch einmal die Frage vorzulegen, ob das System des Gesetzes, so wie man es unbefangen verstehen muß, wirklich so wenig leistet, wie viele Stimmen annehmen. Das Ergebnis einer solchen Überprüfung ist vielleicht das beste Argument für die eine oder andere Meinung. Es soll deshalb im folgenden der Versuch unternommen werden, die Rechtsprechung unter diesem Gesichtspunkt einer konkreten Prüfung zu unterziehen.

Diese Prüfung schließt auch die Frage ein, inwieweit auf die Verhaltensweisen, die in der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb als rechtswidrig angesehen werden, § 823 Abs. 2 BGB, § 824 BGB oder § 826 BGB anwendbar sind, falls die Voraussetzungen der Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB nach dem hier vertretenen Verständnis dieser Vorschrift mit Bezug auf den Gewerbebetrieb nicht gegeben sein sollten.

II. DIE SACHVERHALTE DER RECHTSPRECHUNG (ÜBERSICHT)

Bei der Durchsicht der langen Präjudizienkette, die die Rechtsprechung zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb bildet, stellt man fest, daß in den meisten Fällen die Verletzung des Rechts am Unternehmen verneint wurde. Nur in einem geringen Teil der Entscheidungen dieser Präjudizienkette ist die Beeinträchtigung des Rechts am Gewerbebetrieb bejaht worden ¹⁾. Die in diesen Entscheidungen beschriebenen Verhaltensweisen, die nach Ansicht der Rechtsprechung Eingriffe in den Gewerbebetrieb darstellen, lassen sich unter dem Gesichtspunkt des in concreto beeinträchtigten Objekts in folgende Fallgruppen einteilen:

1. Beeinträchtigung des Rechts zum Besitz,
2. Beeinträchtigung von Konzessionsrechten,
3. Beeinträchtigung des Anliegergemeingebruchs,
4. Beeinträchtigung von Warenzeichen mit überragender Verkehrsgeltung,
5. Beeinträchtigung der unternehmerischen Dispositionsbefugnis,
6. Beeinträchtigung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen,
7. Beeinträchtigung von Preisbindungssystemen,
8. Beeinträchtigung der Marktbeziehungen, d. h. der Beziehungen zu Kunden, Lieferanten, Kreditgebern und Arbeitnehmern durch
 - a) Anwendung von Gewalt,
 - b) Behauptung geschäftsschädigender unwahrer Tatsachen,
 - c) Behauptung geschäftsschädigender wahrer Tatsachen,

1) Suppes, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, S. 5 ff.

- d) Äußerung geschäftsschädigender herabsetzender Werturteile,
 - e) Boykott- und Streikaufrufen,
9. Beeinträchtigung gewerblicher Schutzrechte, Urheberrechte und geschützter Namensrechte durch Berührung solcher Rechte.

III. BEEINTRÄCHTIGUNG VON RECHTEN ZUM BESITZ

In einigen Fällen lag dem Eingriff in den Gewerbebetrieb die Beeinträchtigung von Rechten zum Besitz zugrunde, die einem Unternehmen mit einem Nießbrauch, Pfandrecht, Pacht-, Miet-, Verwahrungsvertrag oder mit der Vereinbarung eines ähnlichen Rechtsverhältnisses eingeräumt worden waren. Es ist seit langem anerkannt, daß das Recht zum Besitz als "sonstiges Recht" i. S. des § 823 Abs. 1 BGB anzusehen ist ¹⁾. Nicht nur dem Eigentümer sondern auch dem Besitzer werden bestimmte Verhaltensweisen in Bezug auf eine Sache vorbehalten, die jedem Dritten untersagt sind. Besteht der Eingriff in den Gewerbebetrieb, den die Rechtsprechung feststellte, in Wahrheit in der Störung des Rechts zum Besitz, so ist nicht das Recht am Gewerbebetrieb, sondern das Recht zum Besitz an der Sache verletzt ²⁾. Dies bedarf der Verdeutlichung anhand der einschlägigen Fälle ³⁾.

In RG Warn 1940 Nr. 97 nahm der Beklagte dem Kläger Waren weg, an denen sich der Beklagte das Eigentum vorbehalten hatte. Das Vorbehaltseigentum des Beklagten gab ihm kein Recht, die fraglichen Waren dem sie besitzenden Kläger einfach wegzunehmen. Vielmehr wurde der Kläger durch die Wegnahme in seinem Besitz (der Waren) gestört. Das RG sagte, das Recht am Gewerbebetrieb des Klägers sei verletzt worden.

In KG GRUR 1956, 83 machte der Kläger als Pächter einer Werkskantine die Verletzung des ihm vom Werk eingeräumten Alleinver-

1) RGZ 59, 326; 91, 60, 65; 102, 344, 347; 170, 1, 6; BGHZ 32, 194, 204; Medicus AcP 165 (1965), 115 ff.

2) Das entspricht auch der von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung, daß das Recht am Gewerbebetrieb nur subsidiär gelte. Vgl. BGHZ 8, 387, 394

3) RGZ 59, 326; Soergel-Siebert-Mühl, 10. Aufl., Vorbem. zu § 854 Anm. 15

kaufsrechts auf dem Werksgelände gegen den Beklagten geltend, einem Konkurrenten, dessen Geschäft außerhalb des Werksgeländes lag und der seine Waren auf dem Werksgelände anbot. Auch in diesem Falle konnte der Kläger vorbringen, in seinen Besitzrechten gestört zu sein.

Durch den Pachtvertrag erhielt der Kläger unmittelbaren Besitz an der Werkskantine. Außerdem mußte das Werk vom Kläger auf Grund des vereinbarten Alleinverkaufsrechts auf dem Werksgelände zur Ausübung dieses Rechts den Mitbesitz an dem Werksgelände einräumen, § 866 BGB. Mitbesitz bedeutet die Ausübung der Sachherrschaft durch zwei oder mehrere Personen über dieselbe Sache. Dabei kommt es nicht auf eine gleichartige und vom gleichen Zweck bestimmte Mitbenutzung durch die Mitbesitzer an. Vielmehr kann der Mitbesitz in sehr verschiedener Intensität vorkommen ¹⁾. Es genügt, daß jedem der Mitbesitzer die Sache ungehindert zugänglich ist ²⁾. Darüberhinaus begründet jede auch sehr beschränkte Mitbenutzung einer Sache ein Kontinuitätsinteresse und ist als Mitbesitz zu behandeln ³⁾. Die Ausübung des Alleinverkaufsrechts auf dem Werksgelände setzt eine solche Mitbenutzung des Werksgeländes voraus, die es dem Kläger ermöglicht, bis zu einer gewissen Intensität die tatsächliche Gewalt über das Gelände zu haben, indem er beispielsweise seine Waren durch seine Angestellten in der Kantine und an anderen Stellen des Werksgeländes anbieten läßt. In der Ausübung dieses Mitbesitzes wurde der Kläger durch den Beklagten, seinen Konkurrenten, gestört. Das KG war der Ansicht, das Recht am Gewerbebetrieb sei verletzt worden.

In RG Gruchot 68, 75 Nr. 8 nahm das RG eine Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb des Klägers an, dessen Schleppkähne in einem

1) Heck, Sachenrecht § 15 Nr. 4, S. 57

2) Palandt-Hoche, 26. Aufl., § 866 Anm. 1

3) Heck, a. a. O., § 15 Nr. 5, S. 57

durch Dambruch versperreten Kanalstück eingeschlossen waren. Für diesen Dambruch war der Beklagte verantwortlich. Wenn man von dem Recht am Gewerbebetrieb absieht, lag die Beeinträchtigung des Klägers in diesem Falle in der Störung seines Besitzes an seinen Schleppkähnen. Da die Kähne nicht mehr nach dem Willen des Klägers bewegt werden konnten, wurde der Kläger in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Schleppkähne beschränkt. Die Annahme, daß der Kläger unmittelbarer Besitzer der Kähne war, ist deshalb möglich, weil ein zwischen dem Kläger und der Schiffsbesatzung bestehendes Besitzdienerverhältnis eine räumliche Verbindung zur Organisation des Erwerbsgeschäfts des Klägers nicht voraussetzt (§§ 854 Abs. 1, 855 BGB) ¹⁾.

Andere Beispiele, in denen sich hinter dem Eingriff in den Gewerbebetrieb ein Eingriff in den Besitz verbirgt, bieten die Fälle aus der neueren Enteignungsrechtsprechung. Zwar stehen diese Fälle in keiner direkten Beziehung zur Problematik des Anwendungsbereichs des § 823 Abs. 1 BGB. Diese Fälle sind jedoch insofern aufschlußreich, als das Objekt der Beeinträchtigung das gleiche ist und nur die Richtung, aus der der Eingriff kommt, eine andere ist, nämlich von der hoheitlichen Gewalt her.

Sieht man von der Figur des Eingriffs in den Gewerbebetrieb ab, so liegt in der Zwangseinweisung von Flüchtlingen in einen gemieteten Beherbergungsbetrieb durch die Stadtverwaltung ein Eingriff in den Besitz an dem Beherbergungsgebäude ²⁾. Dasselbe gilt unter den im übrigen gleichen Umständen für den Fall, daß es sich um eine gepachtete Fremdenpension ³⁾ oder eine gepachtete Schankwirtschaft handelt ⁴⁾. Anbauverbote und Lenkungsmaßnahmen, die sich auf das Grundstück einer gepachteten Baumschule auswirken, berühren eben-

1) RGZ 71, 248; Erman-Westermann, 3. Aufl., § 855 Anm. 3

2) BGHZ 13, 371

3) BGHZ 13, 395

4) BGH LM Nr. 56 zu Art. 14

falls den Besitz an dem gepachteten Grundstück, so daß der enteignungsgleiche Eingriff schon aus der Besitzverletzung folgt, ohne daß es auf ein Recht am Gewerbebetrieb dabei ankäme ¹⁾.

1) BGH LM Nr. 49 zu Art. 14

IV. BEEINTRÄCHTIGUNG VON KONZESSIONSRECHTEN

Die Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb enthält auch Fälle, in denen ein Eingriff in den Gewerbebetrieb bejaht wurde, weil die einem Unternehmen gehörenden Konzessionsrechte betroffen worden waren. Allerdings erfolgte in diesen Fällen der Eingriff nicht durch private Dritte, sondern ausschließlich von hoher Hand ¹⁾.

Wenn auch die Frage, ob eine Beeinträchtigung von Konzessionsrechten durch private Dritte möglich ist und eine Verletzung eines "sonstigen Rechts" i. S. des § 823 Abs. 1 BGB darstellt, in der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb demnach noch nicht zur Diskussion stand, so soll doch der Vollständigkeit halber an dieser Stelle kurz darauf eingegangen werden. Denn es macht einen Unterschied, ob der Inhaber einer Konzession gegen den privaten Dritten, der die Konzession beeinträchtigt, selbst vorgehen kann oder es der Behörde, die die Konzession erteilt hat, überlassen muß, einzuschreiten.

Aus der großen Anzahl von verschiedenartigen Konzessionen kommen in diesem Zusammenhang nur diejenigen in Betracht, die eine alleinige Befugnis zu einer bestimmten Verhaltensweise gewähren; sie müssen also Monopolcharakter haben. Unter Konzession soll daher in diesem Zusammenhang nur diejenige vom Staat verliehene öffentlich-rechtliche Befugnis verstanden werden, kraft deren ein konzessionierter Unternehmer (oder ein bestimmter Kreis von Unternehmern) berechtigt ist, eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, von der jeder andere ausgeschlossen ist. Es muß also auf Grund einer Konzession dem Berechtigten ein bestimmtes Verhalten vorbehalten

1) BGH NJW 1956, 1109 Entzug einer Schornsteinfegerkonzession;
BGHZ 15, 17, 20 Entzug einer Apothekerkonzession;
BGHZ 25, 266, 269 Entzug der Konzession eines Überwachungsvereins.

sein, das jedem anderen, der diese Konzession nicht besitzt, verboten ist. Konzessionen dieser Art kommen häufig vor; ist doch der Begriff des Monopols - historisch gesehen - zuerst zur Kennzeichnung solcher Tatbestände verwendet worden. Als Beispiele für solche ein Monopol gewährenden Konzessionen seien folgende genannt:

- a) Das Apothekenmonopol, das die ausschließliche Befugnis gewährt, bestimmte Drogen, Chemikalien und Präparate als Heilmittel feilzuhalten und abzugeben; 1)
- b) das Einfuhrmonopol, das die ausschließliche Befugnis enthält, bestimmte Waren aus dem Ausland zu importieren; 2)
- c) das Monopol eines Überwachungsvereins, ausschließlich bestimmte Aufsichtshandlungen vorzunehmen; 3)
- d) das Monopol einer Gesellschaft für musikalische Aufführungsrechte mit der alleinigen Befugnis, Künstler in Rechtsangelegenheiten zu vertreten; 4)
- e) die Sondernutzung als ausschließlicher Gebrauch an einem bestimmten Teil einer öffentlichen Straße oder eines öffentlichen Platzes; 5)

In allen diesen Beispielen wird der Berechtigte zu einer bestimmten Verhaltensweise befugt, während Dritte davon ausgeschlossen sind.

Es erhebt sich jedoch die Frage, ob ein durch das öffentliche Recht anerkanntes Monopol auch als solches durch die Privatrechtsordnung anerkannt ist. Nur in diesem Falle könnte man vom Vorliegen eines "sonstigen Rechts" sprechen. Die Möglichkeit der Anerkennung eines auf öffentlichen Rechtsvorschriften beruhenden und durch Konzession erteilten Monopols durch die Privatrechtsordnung besteht ⁶⁾. Ein auf öffentlich-rechtlichen Vorschriften beruhendes Monopol ist u. a. dann durch die Privatrechtsordnung anerkannt, wenn die öffentlich-recht-

1) RGZ 128, 298

2) RGZ 100, 142, 146

3) BGHZ 25, 266, 269

4) BGHZ 15, 338, 349, 354

5) BGHZ 21, 319, 328

6) v. Caemmerer, Wandlungen S. 93; Mestmäcker JZ 1958, 526

lichen Vorschriften Schutzgesetze i.S. des § 823 Abs. 2 BGB darstellen. Dies setzt voraus, daß die Vorschriften auch dem Interesse des Inhabers des Monopols dienen.

Das RG hat in zwei der oben genannten Fälle den Schutzgesetzcharakter der ein Monopol gewährenden Vorschriften festgestellt:

Es hat die das Apothekenmonopol schaffenden Verordnungen und Gesetze ¹⁾ als Schutzgesetze angesehen ²⁾. Es hat ferner die das Einfuhrmonopol einer Zentraleinkaufsgenossenschaft begründenden Rechtsvorschriften ³⁾ als Schutzgesetze erachtet ⁴⁾.

Es fragt sich, ob auch § 823 Abs. 1 BGB deshalb zur Anwendung kommen kann, weil eine gewährende Rechtsnorm gegeben ist. Wenn aufgrund einer Rechtsnorm einem Berechtigten ein Verhalten vorbehalten sein würde, und dadurch jeder Dritte ausgeschlossen sein würde, dann wären die Voraussetzungen für die Annahme eines "sonstigen Rechts" erfüllt. In dem Rechtsstreit über das Einfuhrmonopol ⁵⁾ hatte das Berufungsgericht auch tatsächlich die Voraussetzungen dieser Vorschrift als erfüllt angesehen. Das RG ließ jedoch die Richtigkeit dieser Subsumtion dahingestellt und sah § 823 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage an.

Der BGH ⁶⁾ stellte sich auf den Standpunkt, daß im Falle der Verletzung eines von der öffentlichen Hand gewährten Monopols durch einen privaten Dritten § 823 Abs. 1 BGB Anwendung finden müsse, weil

1) VO 22. Okt. 1901 RGBl. 380;
Gesetz 19. Dez. 1929 RGBl. I 215;
Gesetz 22. Mai 1933 RGBl. I 287;
Gesetz 9. Jan. 1934 RGBl. I 22;
VO 12. Juni 1941 RGBl. I 328

2) RGZ 128, 298

3) VO über Einfuhr von Vieh und Fleisch sowie Fleischwaren vom 18.3.1916

4) RGZ 100, 142, 146

5) RGZ 100, 142

6) BGHZ 15, 338 ff.

damit das Recht am Gewerbebetrieb beeinträchtigt worden sei. In dem zu entscheidenden Falle scheiterte die Anwendung dieser Vorschrift jedoch daran, daß das Gericht das Vorliegen eines solchen Monopols der GEMA verneinte ¹⁾. Auch aus diesem Urteil geht wieder hervor, daß nicht der Eingriff in den Gewerbebetrieb das Kriterium der Fallentscheidung ist, sondern etwas anderes, nämlich hier das Monopol.

Da die hier besprochenen Konzessionen durch Rechtsnormen gewährt werden, die dem Berechtigten ein bestimmtes Verhalten vorbehalten und dadurch andere von diesen Verhaltensweisen ausschließen (Monopole), und da diese Normen die Begünstigung des Berechtigten auch gegenüber jedem beliebigen Dritten bezwecken, sind die Voraussetzungen für die Anerkennung dieser Konzessionsrechte als "sonstige Rechte" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB gegeben.

Schließlich sei noch der Fall der Einräumung einer Sondernutzung an einem dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Grundstück erörtert. Die Konzession, mit der eine Sondernutzung gewährt wird, braucht nicht auf einer formellen Rechtsnorm (Gesetz oder Verordnungen) zu beruhen. Es genügen die Einwilligungen des Wegeeigentümers, der Wegeaufsichtsbehörde und des Wegeunterhaltungspflichtigen oder Verträge mit ihnen ²⁾. Die privatrechtliche Anerkennung der ausschließlichen Benutzung, des Monopols, das in der eingeräumten Sondernutzung liegt, muß also nicht auf einem speziellen Schutzgesetz beruhen. Die Anerkennung des Monopols an der Sondernutzung durch die Privatrechtsordnung erfolgt vielmehr auf Grund der Einräumung des Besitzes, zumindest des Mitbesitzes, an dem fraglichen Teil des öffentlichen Grundstücks. Der BGH hat mit Recht entschieden, daß durch die Einräumung einer Sondernutzung an einem Teil einer öffentlichen Straße für den Betrieb eines Parkplatzes durch einen privaten Unternehmer

1) BGHZ 15, 338, 349, 354

2) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I,
2. Aufl., S. 567, 572

diesem Unternehmer der Mitbesitz (§ 866 BGB) an diesem Teil der Straße verschafft werde ¹⁾. Dies bedeutet, daß die Privatrechtsordnung auch an der öffentlich-rechtlichen Sondernutzung ein Monopol anerkennt und damit ein Schutz dieses Monopols durch § 823 Abs. 1 BGB möglich ist. Dies stimmt auch mit der Feststellung überein, daß die Einräumung einer Sondernutzung immer ein privatrechtliches Element enthalte, weil die Vereinbarung zwischen dem Wegeeigentümer und dem Nutzungsberechtigten einen privatrechtlichen Vertrag darstelle, und zwar je nach Inhalt der Vereinbarung einen Miet-, Pacht- oder Leihvertrag ²⁾. Ein wesentliches Element dieser Verträge besteht in der Einräumung des Besitzes (§ 868 BGB).

Zusammenfassend läßt sich also feststellen, daß Konzessionen, soweit sie ein Monopol schaffen, gegen Eingriffe Dritter durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt sind.

1) BGHZ 21, 319, 328

2) Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 2. Aufl., S. 572;
Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts Bd. 1, 7. Aufl.,
§ 19, 3, S. 345, 346;
RGZ 88, 14 ff.

V. BEEINTRÄCHTIGUNG DES ANLIEGERGEMEINGEBRAUCHS

In den Fällen, in denen der Zugang zu dem Grundstück eines Unternehmens oder die mit einem solchen Grundstück verbundenen Werbemöglichkeiten wegen Veränderung der angrenzenden öffentlichen Straße beeinträchtigt wurden, hat die Rechtsprechung ebenfalls einen Eingriff in den Gewerbebetrieb angenommen. Der Zugang oder die Werbemöglichkeit wurden u. a. durch Erhöhung der Straße ¹⁾, durch Sperrung der Straße ²⁾, durch Errichtung eines Bauzaunes für den Neubau eines Nachbarn ³⁾ oder von Verkaufsbaracken auf dem Strassenkörper ⁴⁾, die das Herantreten an Schaufenster oder das Betreten eines Ladens oder einer Gastwirtschaft erschwerten, beeinträchtigt.

Diese Art der Beeinträchtigung wirkt sich bei dem Grundstück eines Unternehmers besonders nachteilig aus, weil dadurch der Passantenverkehr und die Laufkundschaft von dem Geschäft abgelenkt werden.

Den in der Rechtsprechung behandelten Beeinträchtigungen dieser Art lag vorwiegend ein Eingriff von hoher Hand zugrunde ⁵⁾. Unter den Entscheidungen zum Recht am Gewerbebetrieb findet sich jedoch auch eine, in der solche Beeinträchtigungen als Verletzung eines "sonstigen Rechts" i. S. des § 823 Abs. 1 BGB angesehen wurden:

OLG Düsseldorf NJW 1961, 1925

Der Beklagte begann mit dem Aufbau seines kriegszerstörten Hauses. Vor dem Grundstück des Beklagten wurde ein Bauzaun angelegt, der den gesamten Bürgersteig vor diesem Grundstück umschloß. Der Raum innerhalb des Bauzaunes wurde zur Lagerung von Baumaterial und als Arbeitsraum benutzt. Durch den Zaun wurde der Fußgänger-

1) BGHZ NJW 1959, 1776

2) BGHZ NJW 1960, 1995

3) OLG Düsseldorf NJW 1961, 1925

4) BGHZ 23, 157, 161

5) Vgl. zu Fußn. 1, 2, 4 zitierten Entscheidungen

strom auf der Straße von dem Modegeschäft des Nachbarn, der Klägerin, weg auf die andere Straßenseite abgelenkt. Das OLG sah wegen Eingriffs in den Gewerbebetrieb der Klägerin einen Schadensersatzanspruch als begründet an.

Man könnte meinen - und das legen zunächst auch die Ausführungen des OLG Düsseldorf nahe - der rechtlich entscheidende Gesichtspunkt für die Annahme eines Eingriffs in den Gewerbebetrieb sei der, daß es sich hier um eine besondere Art der Beeinträchtigung der Kundenbeziehungen eines Unternehmens handle. Das OLG und der Bundesgerichtshof ¹⁾ erwähnen in ihren Ausführungen jedoch auch den eigentlichen Maßstab, an dem zu messen sei, ob ein Eingriff in den Gewerbebetrieb vorliege, indem sie darauf hinweisen, daß ein Eingriff nur dann gegeben sei, wenn der dem Geschäftsinhaber als Straßenanlieger zustehende Anliegergemeingebrauch unberechtigterweise eingeschränkt worden sei.

Das ist richtig. Denn die rechtlichen Beziehungen, die sich aus dem Nebeneinander von öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen und privaten Anliegergrundstücken ergeben - wozu auch die Frage des Zugangs gehört -, werden unter der Bezeichnung Anliegergemeingebrauch zusammengefaßt ²⁾.

Der Anliegergemeingebrauch beinhaltet alle diejenigen Arten der Benutzung der Straße, die für den Anlieger auf dem vor seinem Grundstück verlaufenden Straßenabschnitt notwendig sind und auf die er angewiesen ist ³⁾. Dazu gehören neben dem Zugang zum Grundstück zu Fuß oder dem Überqueren der Wege und Bürgersteige mit Fahrzeugen, soweit Toreinfahrten vorhanden sind, kurzfristiges Abladen von Sachen (§ 18 StVO), das Aufstellen von Fahrradständern für Kunden, das Bereitstellen von Mülltonnen für die Müllabfuhr u. a. Das

1) OLG Düsseldorf a. a. O.;

BGH Betrieb 1964, 840; BGH NJW 1959, 1776; NJW 1960, 1995; 23, 157, 161; Betrieb 1971, 571;

vgl. ferner BGH VersR 1961, 831 (Eingriff bejaht)

2) Forsthoff, 8. Aufl., S. 353

3) Wolff, 4. Aufl., Bd. I, S. 325

Aufstellen von Baugerüsten oder Warenautomaten sowie die Nutzung des Luftraums durch Erker und Balkone, Reklameschilder und Überdachungen von Hauseingängen gehören nach den neuen einschlägigen Gesetzen nicht mehr zum Anliegergemeingebrauch ¹⁾.

Alle denkbaren Arten der Benutzung der Straße, die für den Anlieger notwendig sind, können im einzelnen nicht aufgezählt werden, weil sie je nach Lage des Grundstücks und der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache verschieden sein können. Sie sind jedoch im konkreten Fall unter dem Gesichtspunkt der notwendigen Anliegernutzung genügend bestimmbar. Insbesondere ergibt sich aus diesem Gesichtspunkt die Benutzung der Straße als Zugang zum Grundstück.

Für ein Unternehmen ist entscheidend, daß dadurch, daß der Zugang zum Grundstück dem Inhaber offensteht, auch für Kunden, Lieferanten, Arbeitnehmer usw. die Möglichkeit gegeben ist, das Grundstück zu betreten. Darüberhinaus sind die von dem Grundstück ausgehenden Werbemöglichkeiten wichtig. Bildet ein Grundstück den Bestandteil eines Unternehmens, gleichgültig ob als Eigentum oder als Besitz aus Miet- oder Pachtverträgen, dann ist auch der Anliegergemeingebrauch notwendigerweise ein Bestandteil des Unternehmens. Nur soweit er einen Unternehmensbestandteil darstellt, soll der Anliegergemeingebrauch betrachtet werden.

Wenn der Anliegergemeingebrauch den Maßstab dafür abgeben soll, ob ein Eingriff in den Gewerbebetrieb vorliegt, so zeigt sich auch hier, daß sich hinter dem unklaren Begriff des Eingriffs in den Gewerbebetrieb ein anderer, dem Recht längst bekannter Tatbestand verbirgt. Es ist zutreffend darauf hingewiesen worden, daß es sich in den Fällen, in denen der Zugang von der Straße zu einem anliegenden Grundstück beeinträchtigt wurde und deshalb der Eingriff in den Gewerbebetrieb bejaht wurde, in Wahrheit um die Beeinträchti-

1) Wolff, a. a. O., S. 325

gung des Anliegergemeingebrauchs selbst handele und daß die Verletzung des Anliegergemeingebrauchs nur dann dogmatisch richtig eine Entschädigungspflicht begründen könne, wenn es möglich wäre, den Anliegergebrauch selbst als Recht anzuerkennen ¹⁾. Es drängt sich in der Tat die Frage auf, wie der Anliegergemeingebrauch das Kriterium für die Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb bilden soll, wenn ihm nicht selbst der Rang eines Rechts zukommt.

Der Bundesgerichtshof hat die Frage, ob der Anliegergemeingebrauch als schutzfähiges Recht öffentlicher oder privatrechtlicher Natur oder nur als Annex des Eigentums anzuerkennen sei, nicht klar beantwortet. Einmal betrachtet er das Anliegerrecht lediglich als Auswirkung des Eigentums am Anliegergrundstück ²⁾. Ein anderes Mal ³⁾ wird das Anliegerrecht als Ausfluß des Gemeingebrauchs bewertet, dessen Beeinträchtigungen nur dann einen Entschädigungsanspruch auslöse, wenn gleichzeitig Eingriffe in andere vermögenswerte Rechtsgüter des Anliegers, insbesondere in dessen Gewerbebetrieb vorliegen würden ⁴⁾.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist die Frage, ob dem Anliegergemeingebrauch der Charakter eines Herrschaftsrechts zukomme, sehr umstritten. Von den Schriftstellern, die ein Recht am Anliegergemeingebrauch bejahen, wird dieses Recht entweder als privates oder öffentliches Recht angesehen. Dernburg faßte es als privates Recht auf ⁵⁾, während in neuerer Zeit die Ansicht vorherrscht, daß

1) v. Caemmerer, Wandlungen S. 89

2) BGHZ 30, 241, 245

3) BGH Betrieb 64, 840

4) Hierin liegt ein Zirkelschluß: Man kann nicht den Eingriff in den Anliegergemeingebrauch davon abhängig machen, daß ein Eingriff in den Gewerbebetrieb vorliegt, wenn man den Eingriff in den Gewerbebetrieb davon abhängig machen will, daß der Anliegergemeingebrauch beeinträchtigt worden sei.

5) Dernburg, Das Sachenrecht des dt. Reichs und Preußens 3. Bd., Sachenrecht, 2. Aufl., 1901, § 70 S. 201 f.

es sich um ein subjektives öffentliches Recht handele ¹⁾.

Die Verschiedenartigkeit der Meinungen, die den Anliegergemeinge-
brauch bald dem privaten, bald dem öffentlichen Recht einordnen,
wird durch den Hinweis von Koch ²⁾ verständlich, daß der Anlieger-
gemeingebrauch zweierlei umfasse: den öffentlich-rechtlichen Anlie-
gergebrauch und das private Anliegerrecht. Im Zusammenhang mit
§ 823 Abs. 1 BGB interessiert nur der privatrechtliche Aspekt. Das
RG hat in einigen alten Entscheidungen ausgesprochen, daß dem An-
lieger auf Grund eines stillschweigend geschlossenen Vertrags eine
Servitut an dem öffentlichen Wege zustehe, die ihn berechtige, die
Straße zu benutzen und in ihr einen ungehinderten Zugang zu haben ³⁾.
Später ist es von dieser Ansicht abgerückt ⁴⁾. In der Folgezeit ver-
trat das RG die Ansicht, daß auf öffentlich-rechtlichem Gebiet auch
ohne privatrechtlichen Vertrag schuldrechtliche Verpflichtungen ent-
stehen, die nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen seien ⁵⁾.
Schließlich faßte das RG den Begriff des Anliegerrechts in der Weise
zusammen, daß das Recht des Anliegers auf Erhaltung des Zugangs
von und zu der Straße zu Fuß und zu Wagen und auf Erhaltung der
Möglichkeit des Zutritts von Licht und Luft zu den an der Straße er-
richteten Gebäuden gewahrt bleiben müsse ⁶⁾. Eine Rechtsgrundlage
für dieses Recht gab das RG, nachdem es die Theorie einer auf still-
schweigendem Vertrag beruhenden Servitut aufgegeben hatte, nicht an.
Seinen Ausführungen läßt sich aber entnehmen, daß es das Anlieger-
recht als privatrechtliches, dingliches Recht auffaßte ⁷⁾.

-
- 1) Forsthoff, Lehrb. d. Verwaltungsrechts, 8. Aufl., S. 340;
Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht II, 2. Aufl., S. 615;
Wolff, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl., S. 323, 326
 - 2) Koch, Rechte an Sachen als sonstige Rechte im Sinne von § 823
Abs. 1 BGB, 1961, S. 28, 29
 - 3) RGZ 25, 246; 37, 252; 44, 285; 56, 101
 - 4) RGZ 70, 80
 - 5) RGZ 130, 98
 - 6) RGZ 145, 107, 113
 - 7) RGZ 145, 107, 114, 109

Von dieser Ansicht des RG ausgehend, soll untersucht werden, ob das **Anliegerrecht** als Befugnis aufzufassen ist, die - ähnlich dem Nachbarrecht ^{1) 2)} - neben anderen Befugnissen Inhalt des Grundeigentums ³⁾ (§ 903 BGB) und des Rechts zum Besitz ⁴⁾ ist. Wäre dies der Fall, so stellte die Verletzung des Anliegerrechts eine Eigentumsverletzung i.S. des § 823 Abs. 1 BGB dar ⁵⁾.

Die Möglichkeit des Zugangs des Eigentümers zu seinem privaten Grundstück über eine Bodenfläche, die ihm nicht gehört, und die Verbindung mit dem öffentlichen Wegenetz ist eine wichtige Voraussetzung für die Befugnisse des Grundeigentümers, die ihm gem. § 903 1. Halbsatz BGB zustehen. Denn ohne Zugang könnte er seine Rechte nach § 903 erster Halbsatz BGB nicht ausüben. Da diese Voraussetzung für den Grundeigentümer von zentraler Bedeutung ist, hat der Gesetzgeber dem Grundeigentümer die wichtige rechtliche Befugnis verliehen, unter bestimmten Umständen einen Notweg zur Anbindung des Grundstücks an das öffentliche Wegenetz über das private Grundstück seines Nachbarn zu verlangen (§ 917 BGB). Diese Befugnis gehört zum Inhalt des Eigentums an einem Grundstück ⁶⁾. Sie ist daher Teil der Sachbefugnis des Eigentümers, und fällt als solche unter den Begriff des Eigentums i.S. des § 823 Abs. 1 BGB.

Die Möglichkeit des Zugangs des Eigentümers von einem öffentlichen Weg unmittelbar zu seinem privaten Grundstück ohne Benutzung eines dazwischenliegenden privaten Grundstücks ist die wichtigste von mehreren Verhaltensweisen, die mit dem Begriff des Anliegergemeinge-

1) Heck, Sachenrecht, 1930, § 50 Nr. 5 S. 218

2) Palandt-Hoche, 26. Aufl., § 906 Anm. 2

3) BGHZ 30, 241, 245 = NJW 1959, 1776

4) OLG Naumburg JW 1929, 3025

5) Ebenso: Koch, a. a. O., S. 32; OLG Naumburg JW 1929, 3025; OLG Kiel SchlHA 1933, 65; Soergel, 8. Aufl., 1952, Anm. A I 6 b zu § 823; Palandt-Gramm, 26. Aufl., Anm. 6 a zu § 823

6) Gesetzliche Überschrift vor §§ 903, 917 BGB: Erster Titel.

Inhalt des Eigentums;

vgl. auch Soergel-Siebert-Baur, 10. Aufl., § 917 Anm. 15

brauchs umschrieben werden. Wenn der Gesetzgeber dem Eigentümer eines Grundstücks im Rahmen des Eigentumsinhalts ausdrücklich die besondere Befugnis verleiht, die "zur ordnungsgemäßen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege" (unter Beschränkung des Eigentums des Nachbarn) zu verlangen (§ 917 BGB), dann muß hinsichtlich des unmittelbaren Zugangs von dem Grundstück zum öffentlichen Weg und umgekehrt erst recht eine gesetzliche Befugnis des Eigentümers anerkannt werden. Denn in den Fällen des Anliegergemeingegebrauchs soll der Zweck, die Anbindung des Grundstücks an das öffentliche Straßennetz, der in den Fällen des § 917 BGB nur über ein fremdes privates Grundstück erreicht werden kann, unmittelbar erfüllt werden. Ebenso wie das Notwegrecht ist daher diese Befugnis als Inhalt des Eigentums anzusehen. Sie ist eine der durch die Sachbefugnis des § 903 (erster Halbsatz) BGB dem Grundeigentümer gewährten Befugnisse ¹⁾. Da der Anliegergemeingebrauch eine Befugnis aus dem Eigentum darstellt, kann bei Beeinträchtigung des Anliegergemeingegebrauchs Schadensersatz wegen Eigentumsverletzung gem. § 823 Abs. 1 BGB gefordert werden ²⁾.

Was hier bezüglich der Befugnisse des Zugangs zum Grundstück (zu Fuß oder zu Wagen mit oder ohne Überquerung eines Gehweges) gesagt wurde, gilt genauso für die anderen Befugnisse des Anliegergemeingegebrauchs, nämlich für den Zutritt von Licht und Luft, für kurzfristiges Abladen von Sachen, für das Aufstellen von Fahrradständern für Kunden, für das Bereitstellen von Mülltonnen für die Müllabfuhr etc., soweit diese Benutzungsarten durch geschriebenes Recht oder Gewohnheitsrecht als zum Anliegergebrauch gehörig anerkannt sind ³⁾.

1) BGHZ 30, 241, 245 = NJW 1959, 1776

2) Ebenso Koch, a.a.O., S. 32; OLG Naumburg JW 1929, 3025; Soergel, 8. Aufl., 1952 Anm. A I 6 b zu § 823; Palandt-Gramm, 26. Aufl., Anm. 6 a zu § 823

3) Das Aufstellen von Baugerüsten oder Warenautomaten sowie die Nutzung des Luftraums durch Erker und Balkone, Reklameschilder etc. gehört nach den neueren Gesetzen nicht mehr zum Anliegergemeingebrauch. Vgl. oben S. 134 Anm. 1

Der Inhalt des Anliegergemeingegebrauchs wird nicht nur durch die für den Anlieger notwendigen Arten der Benutzung der Straße, die - wie dargelegt - aus dem Eigentum abzuleiten sind, bestimmt. Die öffentliche Straße ist eine öffentliche Sache. Die privatrechtlichen Nutzungen an einer öffentlichen Sache (auch soweit sie, - wie hier - von dem anliegenden Grundstück auf die öffentliche Straßenfläche übergreifen) werden durch die öffentlich-rechtliche Zweckbindung der öffentlichen Sache beschränkt ¹⁾. Bei öffentlichen Straßen liegt die Zweckbindung, die die Anliegerrechte beschränkt, in der Widmung der Straße zu Zwecken des öffentlichen Verkehrs. Auf Grund dieser Widmung entsteht an der öffentlichen Straße der Gemeingebrauch, d. h. der zulassungsfreie Gebrauch durch die Allgemeinheit. Der Anliegergemeingebrauch wird also durch die Zweckbestimmung der Straße in der Weise begrenzt, daß der Anlieger alle Benutzungsarten anderer hinnehmen muß, die im Rahmen des Gemeingegebrauchs liegen, ferner diejenigen Maßnahmen, die sich aus der Notwendigkeit ergeben, die Straße in einen ordnungsgemäßen Zustand zu versetzen, sie als Kommunikationsmittel zu erhalten oder den weitergehenden Bedürfnissen des Verkehrs anzupassen. Würde die Straße nicht als Kommunikationsmittel erhalten, so entfielen auch der Anliegergemeingebrauch. Weil sie der Aufrechterhaltung der Zweckbestimmung der Straße dienen, gehen alle diese Maßnahmen dem Benutzungsrecht des Anliegers vor. Sie halten sich im Rahmen der Sozialbindung des Eigentums ²⁾. Infolgedessen wird durch derartige Maßnahmen der Anliegergemeingebrauch nicht verletzt. Dies gilt jedoch nur insoweit, als die Beeinträchtigung nach Art, Umfang und Dauer nicht über den Rahmen der ordnungsgemäßen Durchführung der jeweils notwendigen Arbeiten hinausgehen. Übersteigen die Arbeiten dieses Maß, dann können Entschädigungsansprüche in Betracht kommen, weil insoweit in die Sub-

1) Soergel-Siebert-Baur, 9. Aufl., § 90 Anm. 40

2) BGH Betrieb 1964, 840; Betrieb 1967, 1261, 1262;
Vgl. auch Kröner S. 38 ff.; BGH Betrieb 1971, 571

stanz des Anliegergemeingebruchs eingegriffen wird ¹⁾.

Beeinträchtigungen hoheitlicher Art, die nicht dem Zwecke der Erhaltung des Gemeingebruchs dienen und auch sonst nicht durch einen übergeordneten öffentlichen Zweck gerechtfertigt sind, stellen dagegen auch dann Verletzungen des Anliegergemeingebruchs dar, wenn sie einen geringfügigeren Eingriff darstellen als die Beeinträchtigung, die zum Zwecke der Erhaltung des Gemeingebruchs notwendig gewesen wären.

Beeinträchtigungen des Anliegergemeingebruchs nicht hoheitlicher Art, die auf Verhaltensweisen Dritter zurückzuführen sind, die sich nicht im Rahmen des Gemeingebruchs halten, stellen ebenfalls Rechtsverletzungen dar, ohne daß es dabei auf die Prüfung der Frage der Zumutbarkeit ankäme, weil die Belastung des Anliegergemeingebruchs durch eine öffentlich-rechtliche Zweckbestimmung insoweit nicht besteht. Wer z. B. die Einfahrt eines Anliegers versperrt, ohne daß diese Verhaltensweise sich im Rahmen des Gemeingebruchs hält oder ohne daß sie für die Aufrechterhaltung des allgemeinen Verkehrs erforderlich wäre, verletzt ebenfalls das Recht des Anliegergemeingebruchs. Ebenso kann eine Rechtsverletzung darin liegen, daß der Nachbar die Zugangsmöglichkeiten zu einem Grundstück von der Straße her durch einen vor seinem Grundstück errichteten Bauzaun derart schmälert, daß die Ausübung des Anliegergemeingebruchs als beeinträchtigt angesehen werden muß ²⁾.

1) BGH NJW 1960, 1995; in diesem Fall würde der "Wesensgehalt" dieses Rechts "angetastet" (Art. 19 Abs. 2, Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG); BGH Betrieb 1972, 133 f.

2) OLG Düsseldorf NJW 1961, 1925;
BGH VersR. 1961, 831

VI. BEEINTRÄCHTIGUNG VON WARENZEICHEN MIT ÜBERRAGEN- DER VERKEHRSGELTUNG (WARENZEICHENVERWÄSSERUNG)

Die neuere Rechtsprechung verwendet den Begriff der Gefahr der Warenzeichenverwässerung für solche typischen Sachverhalte, bei denen eine weithin bekannte Kennzeichnung, d.h. eine Kennzeichnung mit überragender Verkehrsgeltung, sog. berühmte Zeichen, durch kennzeichenmäßigen Gebrauch durch Dritte beeinträchtigt wird, infolge weitgehender Branchenverschiedenheit jedoch warenzeichenrechtliche oder firmenrechtliche Verwechslungsgefahr nicht besteht, weder in engerem Sinne als Möglichkeit des Irrtums der beteiligten Verkehrskreise über die Identität, noch in weiterem Sinne als Möglichkeit des Irrtums über den wirtschaftlichen oder organisatorischen Zusammenhang zweier Unternehmen. Die Vorschriften der §§ 24, 25, 31 WZG, 16 UWG sind daher auf diesen Sachverhalt nicht anwendbar.

Der Bundesgerichtshof gewährt in solchen Fällen dennoch Rechtsschutz. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ¹⁾ hat der Inhaber eines solchen Zeichens ein berechtigtes Interesse daran, "daß ihm seine unter großem Aufwand von Zeit und Geld erworbene Alleinstellung erhalten bleibt und daß alles vermieden wird, was die Eigenart und den kennzeichnenden Charakter seines Kennzeichens verwässern und damit die auf deren Einmaligkeit beruhende starke Werbewirkung beeinträchtigen könnte". Es gehe im Grunde nicht darum, irgendwelche Verwechslungen und Irreführungen im geschäftlichen Verkehr zu verhindern, sondern darum, einen erworbenen Besitzstand gegen Beeinträchtigungen zu schützen. Ein solcher Sonderschutz dürfe jedoch nur mit großer Vorsicht und nur bei besonders gelagerten Ausnahmefaktbeständen gewährt werden.

Den Inhabern besonders starker Zeichen soll damit ein Rechtsschutz gegen die Verwendung gleicher oder ähnlicher Kennzeichen in gänz-

1) BGHZ 28, 320, 327 f.

lich anderen Geschäftsbereichen gewährt werden.

Bisher hatte der Bundesgerichtshof in einer solchen Verwässerung eines Warenzeichens einen möglichen Verstoß gegen § 12 BGB, soweit das berühmte Zeichen im Verkehr als Namen des Inhabers oder des Geschäfts angesehen wird, und gegen § 1 UWG gesehen ¹⁾. In einer neueren einschlägigen Entscheidung vertritt er jedoch die Meinung, daß auf diesen Sachverhalt § 1 UWG nicht anwendbar sei und daß stattdessen neben § 12 BGB ein Eingriff in den Gewerbebetrieb gemäß § 823 Abs. 1 BGB vorliege ²⁾. Auch hier verbirgt sich hinter dem nebelhaften Begriff des Eingriffs in den Gewerbebetrieb die Beeinträchtigung eines konkreten Unternehmensbestandteils, nämlich eines besonderen Kennzeichens.

§ 823 Abs. 1 BGB kann nach der hier vertretenen Auffassung nur dann angewendet werden, wenn eine gewährende Rechtsnorm dem Berechtigten den Gebrauch von Kennzeichen mit überragender Verkehrsgeltung vorbehält.

Hinsichtlich der Frage, ob die Rechtsordnung einen solchen gewährenden Rechtssatz enthält, ist auf § 12 BGB hinzuweisen, der als Name nicht nur den Personennamen, sondern darüberhinaus auch jedes Kennzeichen im geschäftlichen Verkehr, das als Unterscheidungsmerkmal dient, als subjektives absolutes Recht anerkanntermaßen schützt. Im Rahmen dieser Vorschrift wird jedes schutzwürdige Interesse an der Erhaltung der Einmaligkeit und des guten Rufs (Werbekraft) eines Namens anerkannt ³⁾. Es ist daher schon immer einhellige Meinung gewesen, daß in diesem Umfang das Recht am Namen, am Unternehmenskennzeichen ⁴⁾, am Musterschutz und am Wa-

1) BGHZ 28, 320, 327

2) BGHZ a. a. O.

3) Soergel-Siebert I, 9. Aufl., § 12 Anm. 77, 128, 129, 132;
Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., § 16 Anm. 58

4) Soergel-Siebert, 9. Aufl., Bd. II § 823 Anm. 48

renzeichen ¹⁾ als sonstige Rechte i.S. des § 823 Abs. 1 BGB anzusehen sind. § 12 BGB schützt daher auch Kennzeichen mit überragender Verkehrsgeltung. Die Beeinträchtigung solcher Kennzeichen stellt also eine Verletzung eines "sonstigen Rechts" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB dar.

Dieses Ergebnis kann nicht verwundern, wenn man bedenkt, daß § 12 BGB als eines der Musterbeispiele der Herrschaftsrechte gilt und Ausgangspunkt der Rechtsprechung zur Störungsbeseitigungs- und Unterlassungsklage bezüglich der durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechte war.

1) RG JW 1905, 174 Nr. 15; RG JW 1926, 561 Nr. 5

VII. BEEINTRÄCHTIGUNG DER UNTERNEHMERISCHEN DISPOSITIONSBEFUGNIS

Im folgenden soll untersucht werden, ob die Dispositionsbefugnis des Unternehmers als "sonstiges Recht" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB geschützt sein kann.

Mit der Dispositionsbefugnis des Unternehmers ist die Befugnis des Unternehmers gemeint, Entscheidungen zu fällen, die gerade sein Unternehmen betreffen, und diese sein Unternehmen betreffenden Entscheidungen zu verwirklichen. Diese Möglichkeit zur unternehmerischen Disposition befähigt erst den Unternehmer, ein Unternehmen zu organisieren und zu leiten. Es handelt sich m.a.W. um die Befugnis, als ein bestimmter Unternehmer aufzutreten oder einen bestimmten Unternehmer zu vertreten. Mit dem Auftreten als Unternehmer oder mit dessen Vertretung und der damit verbundenen Dispositionsbefugnis ist der Tatbestand erreicht, den man als den Kern des Unternehmens bezeichnen kann. Denn die Disposition des Unternehmers ermöglicht erst die wirtschaftliche Kombination aller Unternehmensfaktoren zur wirtschaftlichen Einheit des Unternehmens¹⁾. Die Dispositionsbefugnis ist die notwendige Voraussetzung dafür, wirtschaftliches Denken und gewinnbringende Ideen aus dem Gedanklichen in die Wirklichkeit umzusetzen. Wenn es ein Recht am Unternehmen oder an der unternehmerischen Tätigkeit gibt, dann müßte es sich auf diesen Kernbereich des Unternehmens beziehen, in dem die wesentliche unternehmerische Leistung erbracht wird, nämlich die Verwirklichung wirtschaftlicher Ideen und Pläne.

Fälle, in denen ein anderer als der wahre Berechtigte als Unternehmer oder als Vertretungsberechtigter eines bestimmten Gewerbebetriebs auftreten kann, sind insbesondere in den großen Betrieben unseres modernen Wirtschaftslebens denkbar. Beispielsweise könnte

1) Reinhardt, Versicherungsrecht, Beiheft "Karlsruher Forum" 1961, 10

ein Außenstehender als Inhaber oder ein nicht zur Vertretung und Geschäftsführung berechtigter Kommanditist als vertretungsberechtigter Geschäftsführer einer Gesellschaft auftreten und sich dessen Position anmaßen. Dadurch würde die Dispositionsbefugnis beeinträchtigt. Nach den voranstehenden Ausführungen sind also zwei Fallgruppen zu unterscheiden:

- A) ein Nichtberechtigter tritt als zur Vertretung und Geschäftsführung berechtigt auf
- B) ein Nichtberechtigter tritt als der Unternehmer selbst auf.

zu A) Es fragt sich, ob die Rechtsordnung eine Norm enthält, die außer dem Berechtigten jeden Dritten davon ausschließt, als zur Vertretung oder Geschäftsführung berechtigt aufzutreten. In der Rechtsprechung ist nur ein einziger Fall bekannt geworden, in dem sich das RG mit der Dispositionsbefugnis des Unternehmers befaßt hat: RG LZ 1927, 905 = Warn 1927 Nr. 55:

Ein entlassenes Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft übte weiterhin die Geschäftsführung aus.

Das RG sah in diesem Fall das Recht der Aktiengesellschaft an ihrem Gewerbebetrieb durch das Verhalten des ehemaligen Vorstandsmitglieds als verletzt und damit auch die Dispositionsbefugnis als durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt an. Das RG ging demnach davon aus, daß die Rechtsordnung eine Norm enthalte, die außer dem Berechtigten jeden Dritten davon ausschließe als zur Vertretung und Geschäftsführung berechtigt aufzutreten.

Eine solche Norm ist jedoch nicht ersichtlich. Zwar wäre der erwähnte Fall des Vertreters ohne Vertretungsmacht und seine unberechtigte Geschäftsführung nach den gesetzlichen Vorschriften der §§ 179, 687 Abs. 2 BGB einwandfrei mit dem vom RG gefundenen Ergebnis zu lösen gewesen. Diese Normen enthalten aber nicht die Gewährung einer ausschließlichen Befugnis hinsichtlich der Dispositionsbefugnis, die als Herrschaftsrecht und damit als "sonstiges

Recht" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB anzusehen wäre.

Der Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB auf diese Fallgruppe, wie sie das RG für möglich hielt, kann daher nicht zugestimmt werden.

zu B) Es fragt sich ferner, ob die Rechtsordnung eine gewährende Norm aufweist, die das Auftreten als Unternehmer eines bestimmten Gewerbebetriebs allein dem Berechtigten vorbehält und dadurch jeden Dritten davon ausschließt. Die Rechtsprechung hat einen einschlägigen Fall noch nicht entschieden.

Eine ein Recht gewährende Norm, die den Berechtigten befugt, allein als ein bestimmter Unternehmer aufzutreten, könnte sich aus § 12 BGB ergeben. Diese Vorschrift beinhaltet u.a. den Namensgebrauch. Die Beeinträchtigung des Namensgebrauchs wird als Namensanmaßung bezeichnet ¹⁾.

Unter "Namen" i.S. des § 12 BGB ist nicht nur der bürgerliche Name zu verstehen. Da § 12 BGB die Grundlage für das gesamte Bezeichnungsrecht bildet ²⁾, bezieht er sich vielmehr auf jede Bezeichnung, die eine Person in einem bestimmten Wirkungskreis kennzeichnet ³⁾, wie z.B. Firma, Warenzeichen, Ausstattungen etc.

Die Namensanmaßung, d.h. die Anmaßung einer Bezeichnung eines anderen, stellt eine von mehreren Möglichkeiten der Anmaßung der Position eines bestimmten Unternehmers dar. Denn eine Person kann dadurch als bestimmter Unternehmer auftreten, daß sie dessen bürgerlichen Namen, dessen Firma, dessen Warenzeichen oder dessen Ausstattungen gebraucht. Aber das Auftreten als ein bestimmter Unternehmer ist nicht auf diese Art des Auftretens beschränkt. Es ergibt sich also, daß § 12 BGB eine bestimmte Art des Auftretens als

1) Soergel-Siebert, 9. Aufl., § 12 Anm. 107

2) Soergel-Siebert, 9. Aufl., § 12 Anm. 55, 87

3) Soergel-Siebert, a. a. O.

Unternehmer, nämlich das Auftreten durch Gebrauch von Kennzeichen, betrifft und dadurch die unternehmerische Dispositionsbefugnis in einem gewissen Umfange schützt.

Das Auftreten eines Nichtberechtigten als Unternehmer ohne Gebrauch von Kennzeichen fällt dagegen nicht in den Bereich der direkten Anwendung des § 12 BGB. Es erhebt sich die Frage, ob aus einer analogen Anwendung des § 12 BGB auch ein Verbot des Auftretens als Unternehmer ohne Gebrauch einer Bezeichnung hergeleitet werden kann. Das Auftreten als ein bestimmter Unternehmer, ohne dessen Bezeichnungen zu gebrauchen, ist nur denkbar, wenn der Nichtberechtigte anstatt der Bezeichnungen andere Merkmale von ähnlicher individualisierender Kraft benutzt. Wenn z. B. ein Nichtberechtigter, ohne eine Bezeichnung zu gebrauchen, im Habitus eines bestimmten Unternehmers auftritt, dann ist eben dieser Habitus ein Merkmal, das genauso individualisierend wirken kann wie der Gebrauch einer Bezeichnung. Das Auftreten als Unternehmer setzt also in jedem Falle den Gebrauch irgendwelcher individualisierender Merkmale voraus.

Eine analoge Anwendung des § 12 BGB auf die Fälle des Auftretens als Unternehmer durch Gebrauch aller irgendwie denkbaren den Unternehmer individualisierender Merkmale setzt voraus, daß auf Grund eines hinter der Vorschrift stehenden Grundgedankens nicht nur der Gebrauch von Namen und Bezeichnungen, sondern der Gebrauch aller der Individualisierung einer Person dienenden Merkmale verboten sein soll.

Für die Annahme eines solchen hinter § 12 BGB stehenden Grundgedankens spricht, daß diese Vorschrift letztlich den Schutz der Persönlichkeit bezweckt, soweit ihre Individualisierung in Frage steht ¹⁾.

1) Soergel-Siebert, 9. Aufl., § 12 Anm. 2;

Dem Recht am Gewerbebetrieb ist nach Soergel-Siebert § 12 Anm. 19 ein wesentlicher persönlichkeitsrechtlicher Kern eigen, der in der unternehmerischen Persönlichkeit und ihrer organisatorisch-schöpferischen Betätigung liegt. Es handelt sich dabei an-

Wollte man den Schutzbereich des § 12 BGB durch seine analoge Anwendung über den Gebrauch von Kennzeichen hinaus auf den Gebrauch aller der Individualisierung einer Person dienenden Merkmale ausdehnen, würde man zu der Konsequenz gelangen, daß § 12 BGB den Schutz der gesamten Persönlichkeit, also das allgemeine Persönlichkeitsrecht betreffe ¹⁾. Denn zum Kern des Schutzes des Persönlichkeitsrechts gehört auch der Schutz ihrer Einmaligkeit und Individualität ²⁾, d. h. der Schutz der Persönlichkeit in allen Merkmalen, die ihre Individualisierung ermöglichen. Im Rahmen des § 12 BGB ist aber nicht das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt. § 12 BGB betrifft nur einen bestimmten Sektor der Persönlichkeit, nämlich ihre Individualisierung durch Namen und Kennzeichen ³⁾. Eine Individualisierung der Persönlichkeit durch sonstige Merkmale ist in dieser Vorschrift nicht einbegriffen ⁴⁾.

Im Geschäftsleben scheinen die Fälle der Anmaßung der Unternehmerstellung nur selten vorzukommen. Diese Fallgruppe hat demnach kaum praktische Bedeutung.

zu Seite 147 Fn. 1)

scheinend um ein Persönlichkeitsrecht am Unternehmen ähnlich dem in den §§ 12-14 UrhG geregelten Recht. Auf das Verhältnis des Persönlichkeitsrechts am Unternehmen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht kann im Rahmen dieser Arbeit nicht Stellung genommen werden.

- 1) Soergel-Siebert-Schultze-von Lasaulx, 10. Aufl., § 12 zur Erläuterung des Persönlichkeitsrechts
- 2) Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht, § 7, S. 47 ff.
- 3) Soergel-Siebert-Schultze-von Lasaulx, 10. Aufl., § 12 Anm. 86
- 4) Die Frage, inwieweit ein allgemeines Persönlichkeitsrecht als "sonstiges Recht" anerkannt werden kann und die hier erörterte Fallgruppe eine Verletzung dieses Rechts beinhaltet, so daß unter diesem Gesichtspunkt vielleicht § 823 Abs. 1 BGB anwendbar wäre, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht untersucht werden.

VIII. BEEINTRÄCHTIGUNG VON GESCHÄFTS- UND BETRIEBSGEHEIMNISSEN

Es gibt keine gesetzliche Definition dessen, was unter Geschäftsgeheimnis einerseits und Betriebsgeheimnis andererseits zu verstehen ist. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nennt beide Begriffe in den §§ 17 bis 20, behandelt sie aber vollkommen gleich. Es wird die Ansicht vertreten, daß von Geschäftsgeheimnissen dann zu sprechen sei, wenn es sich um Geheimnisse handelt, die im wesentlichen die kaufmännische Seite des Unternehmens betreffen, während als Betriebsgeheimnisse die Geheimnisse anzusehen seien, die mehr die technische Seite des Unternehmens berühren ¹⁾. Da die Unterscheidung einer kaufmännischen und einer technischen Seite des Unternehmens recht problematisch ist, weil auch im technischen Bereich der kaufmännische Gedanke der Wirtschaftlichkeit maßgebend ist und daher eine scharfe Grenzziehung zwischen beiden Geheimnisarten in konsequenter Weise nicht durchführbar ist, wird dem Vorschlag zugestimmt, als Oberbegriff über beide Geheimnisarten den Begriff des Unternehmensgeheimnisses einzuführen ²⁾. Dieser Begriff umfaßt alles das, was bisher entweder als Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis angesehen wurde, z.B. Musterbücher, Kundenlisten, Jahresabschluß, Kalkulationen, Modelle usw.

Die Voraussetzungen, unter denen ein Unternehmensgeheimnis vorliegt, sind erst von der Rechtsprechung entwickelt worden. Sie sind von der h. M. anerkannt worden. Danach erfordert der Begriff des Unternehmensgeheimnisses, daß eine Tatsache gegeben ist, die im Zusammenhang mit dem Unternehmen steht, daß diese Tatsache nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt, also nicht offenkundig ist, daß sie ferner nach dem bekundeten oder doch erkennbaren Willen des Betriebsinhabers geheimgehalten werden soll und daß der

1) Nastelski, Der Schutz des Betriebsgeheimnisses
GRUR 1957, 1 ff.

2) Degen, MuW 1927/28, 431, 432

Betriebsinhaber ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung hat ¹⁾. Die Rechtsprechung hat damit die Willenstheorie, die den subjektiven Geheimhaltungswillen genügen lassen will, und die Interessentheorie, die auf das objektive Interesse an der Geheimhaltung abstellt, miteinander verbunden.

Ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse wird in der Regel dann vorliegen, wenn die Geheimhaltung für die Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmers von Bedeutung ist ²⁾. Offenkundigkeit wird regelmäßig dann vorliegen, wenn die Möglichkeit besteht, daß eine unbestimmte Personenzahl von der Tatsache Kenntnis erlangen kann ³⁾.

Für die Annahme eines "sonstigen Rechts" ist erforderlich, daß von der Rechtsordnung die Gewährung eines solchen Rechts gewollt ist. Die einschlägigen Vorschriften des UWG (§§ 17 bis 20 a UWG) legen jedoch den Schluß nahe, daß diese Voraussetzung nicht vorliegt.

Denn nach dem Wortlaut der Vorschriften ist nicht jede Mitteilung und nicht jede Verwertung eines Unternehmensgeheimnisses durch einen Dritten verboten. Vielmehr ist die Geheimnisverletzung durch einen beliebigen Dritten nur dann verboten, wenn sie folgende tater-schaftlichen Qualifikationen aufweist, nämlich daß der Dritte von dem Unternehmensgeheimnis entweder

- a) durch Geheimnisverrat eines Angestellten während der Dauer des Arbeitsverhältnisses (§ 17 Abs. 2, 1. Alternative UWG) oder
- b) durch gesetzeswidriges eigenes Verhalten (§ 17 Abs. 2, 2. Alternative UWG) oder
- c) durch sittenwidriges eigenes Verhalten (§ 17 Abs. 2, 3. Alternative UWG) oder
- d) durch Anvertrauen im geschäftlichen Verkehr (§ 18 UWG)

Kenntnis erlangt hat und zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Ei-

1) RGZ 149, 329, 33; GRUR 1936, 573; BGH GRUR 55, 424

2) Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., § 17 Anm. 2

3) Callmann, § 17 Anm. 4 d

genutzt unbefugt verwertet oder an jemand mitteilt.

Dieser Schutz der Unternehmensgeheimnisse ist bisweilen als nicht ausreichend angesehen worden. Insbesondere gegen Ende der zwanziger Jahre unseres Jahrhunderts wurden Ergänzungen des Geheimnisschutzes gefordert. Die Änderungswünsche wurden dem Reichsjustizministerium vorgelegt ¹⁾. Das Problem der Erweiterung des Rechtsschutzes von Unternehmensgeheimnissen war auch Gegenstand der Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentags, der im Jahre 1931 in Lübeck stattfand, wobei allerdings der strafrechtliche Schutz im Vordergrund stand ²⁾. Einen der weitestgehenden Änderungsvorschläge machte Reimer ³⁾: Er forderte eine Norm, die demjenigen Strafe androht, der ein Unternehmensgeheimnis, dessen Geheimhaltung ein Unternehmen zur Erhaltung der ihm eigentümlichen Wettbewerbsfähigkeit bedürfe, einer Rechtspflicht zuwider offenbare oder verwerte. Zum Teil - insbesondere in strafrechtlicher Hinsicht - trug die Verordnung vom 9.3.1932 ⁴⁾ den Änderungswünschen Rechnung. Prozessuale Bestimmungen wurden geändert, um die Gefahr der Geheimnisoffenbarung im Prozeß vorzubeugen. Ferner wurde das Strafmaß der einzelnen Vorschriften des UWG erhöht, Auslandsstraftaten in die Strafandrohung einbezogen und der Strafschutz gegen Ausspähungen erweitert. Im übrigen blieben indessen die Änderungswünsche unberücksichtigt.

Schon dieser knappe historische Überblick zeigt, daß zwar die Reformvorschläge auch eine Erweiterung des zivilrechtlichen Schutzes des Unternehmensgeheimnisses ins Auge gefaßt hatten - denn die Strafvorschriften des UWG sind Schutzgesetze i.S. des § 823 Abs. 2

1) GRUR 1930, 425 ff.

2) Vgl. Eb. Schmidt, Bedarf das Betriebsgeheimnis eines verstärkten Schutzes?, Gutachten, Verhandlungen des 36. DJT Bd. 1, 1. Lieferung S. 101 ff. (1931)

3) Reimer, GRUR 1930, 733, 736

4) RGBl. I 121

BGB -, daß aber sowohl die Vorschläge als auch die Gesetzesänderung nicht einen solch umfassenden Schutz des Unternehmensgeheimnisses zum Ziele hatten, der dem Berechtigten gleichsam ein Monopol an seinem Geheimnis gewähren und jede Benutzung durch einen Dritten ohne Rücksicht auf täterschaftliche Qualifikationen ausschließen sollte. Vielmehr sollte trotz der Erweiterung des Rechtsschutzes nicht von dem im Gesetz festgelegten Prinzip abgewichen werden, wonach nur gewisse täterschaftliche qualifizierte Geheimnisverletzungen durch Dritte verboten sind.

In neuester Zeit wird jedoch vorgeschlagen, auf Grund der Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb als sonstiges Recht i.S. des § 823 Abs. 1 BGB jede Verwertung und Mitteilung eines fremden Betriebsgeheimnisses als rechtswidrig anzusehen ¹⁾. Dies würde eine erhebliche Erweiterung des bestehenden Rechtsschutzes darstellen ²⁾.

Die Annahme eines "sonstigen Rechts" am Unternehmensgeheimnis würde dazu führen, daß von dem System der gesetzlich festgelegten Einzeltatbestände der möglichen Geheimnisverletzungen abgewichen würde. Denn mit der Anerkennung eines solchen Rechts am Unternehmensgeheimnis würden in zivilrechtlicher Hinsicht die §§ 17 bis 20 a UWG überflüssig. Es käme zur Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Geheimnisverletzung nicht mehr auf die einzelnen in diesen Vorschriften als rechtswidrig bezeichneten Qualifikationen der Geheimnisverletzung an, weil eine jede Geheimnisverletzung gleich welcher Art als rechtswidrig angesehen werden müßte. Eine solche Abänderung von Gesetzesrecht durch Richterrecht läßt sich jedoch mit dem Grundsatz der Gesetzestreue nicht vereinbaren ³⁾.

Die wenigen einschlägigen Entscheidungen aus der Rechtsprechung

1) Nastelski, Der Schutz des Betriebsgeheimnisses, GRUR 1957, 1, 6; vgl. BGHZ 17, 41, 50

2) das wird auch von Nastelski zugegeben, a. a. O., S. 7

3) Buchner, S. 178

zum Recht am Gewerbebetrieb lassen ebenfalls nicht erkennen, daß eine solche Ausdehnung des Geheimnisschutzes notwendig und von der Rechtsprechung beabsichtigt ist. Wegen der Verletzung des Unternehmensgeheimnisses sah die höchststrichterliche Rechtsprechung das Recht am Gewerbebetrieb als "sonstiges Recht" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB z.B. in folgenden drei Fällen als möglicherweise verletzt an: In RG 109, 272, 276; RG 144, 41, 51, 52; BGHZ 16, 172 ff. ¹⁾.

In RG 109, 272 ff. hatte ein ehemaliger Angestellter der Klägerin eine eigene Gesellschaft gegründet und in diese Gesellschaft Zeichnungen und Unterlagen für den Bau von Gerbereimaschinen eingebracht, die er sich während seiner Anstellung bei der Klägerin zum Zwecke der Gründung eines eigenen Geschäfts heimlich beschafft hatte. Gewerblicher Rechtsschutz bestand nicht. Nach diesen Unterlagen waren Maschinen gefertigt und verkauft worden. Das RG sah unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles die Voraussetzungen der §§ 1 UWG, 826 BGB als erfüllt an. Im Zusammenhang mit dem Hinweis, daß ein Unterlassungsanspruch nur objektive Rechtswidrigkeit und kein Verschulden erfordere, erwähnt das Gericht, daß auch das Recht der Klägerin am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verletzt sein könne, lehnte aber den Unterlassungsanspruch wegen mangelnder Wiederholungsgefahr ab. Wegen der geltendgemachten Ansprüche auf Schadensersatz verwies das Gericht wieder auf die §§ 1 UWG, 826 BGB. In dieser Entscheidung wird das Recht am Gewerbebetrieb also nur als mögliche Anspruchsgrundlage neben anderen erwähnt, wobei in Wahrheit der Rechtsschutz aus den §§ 1 UWG und 826 BGB gewährt wurde. Ein Anhaltspunkt für die Notwendigkeit, aus der Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb einen zusätzlichen Anspruch

1) In allen drei Fällen verwies das Revisionsgericht an das Berufungsgericht zur weiteren Verhandlung zurück.
Vgl. aber auch BGHZ 38, 391, 395;
BGHZ 17, 41 (50 f.)

herzuleiten, ergibt sich hieraus nicht.

Dasselbe kann man von der Entscheidung RG 144, 41 ff. sagen. Die Beklagte, eine Konkurrentin der Klägerin, stellte Hosenträgerband her, bei dem sie dieselbe "Bindungstechnik" wie die Klägerin verwendete. Die Klägerin nahm die Beklagte wegen sklavischer Nachahmung und Ausspähung von Herstellungsgeheimnissen der Klägerin in Anspruch. Wegen der sklavischen Nachahmung sah das RG die Tatbestände der §§ 1 UWG und 826 BGB als erfüllt an. Die Ausspähung von Herstellungsgeheimnissen hätte nach Ansicht des RG die §§ 17 Abs. 2, 1 UWG, 826 BGB und das "Recht auf uneingeschränkte Ausübung der gewerblichen Betätigung" verletzen können. Die Anwendung dieser Rechtssätze scheiterte jedoch deshalb, weil die Klägerin nur eine versuchte Ausspähung, nicht aber deren Erfolg beweisen konnte. Auch in diesem Falle standen mit den §§ 17, 1 UWG und 826 BGB genug Schutzvorschriften zur Verfügung, so daß die Notwendigkeit einer zusätzlichen Anspruchsgrundlage wegen Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb nicht hervorgetreten ist.

In neuerer Zeit hat der BGH § 823 Abs. 1 BGB zum Schutze eines Unternehmensgeheimnisses herangezogen (BGHZ 16, 172). Der Ehemann D. war Alleininhaber einer Firma gewesen und in Konkurs geraten. Der Konkursverwalter hatte den gesamten Gewerbebetrieb D. an den Kläger verkauft. D. war zum Zwecke der Erfüllung des Kaufvertrags gezwungen worden, dem Kläger das Geheimrezept über das Herstellungsverfahren der von ihm, D., erzeugten Fettpräparate zu offenbaren. Der Beklagte hatte später mit der Ehefrau D. eine Gesellschaft gegründet, in der der Ehemann D. mitwirkte und das Geheimrezept zum Nutzen des Beklagten anwandte. Der BGH sah Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche als begründet an und betrachtete § 823 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage.

Daß der BGH, obwohl die Entscheidungsgründe diesen Eindruck hervorrufen, in dieser Entscheidung nicht von einem Monopol am Unter-

nehmensgeheimnis ausging, ergibt sich aus folgenden Sätzen:

"Soweit der Beklagte seine Kenntnisse von dem Geheimverfahren durch den Ehemann D. erworben haben sollte, bedarf es allerdings zunächst der Feststellung, daß auch diesem ein verbotswidriges Handeln zur Last fällt. Denn dem Beklagten könnte nicht der Vorwurf einer unerlaubten Handlung gemacht werden, wenn ihm das Verfahren von einem Berechtigten mitgeteilt worden wäre". Hätte der Kläger ein "sonstiges Recht" i.S. eines Monopols am Geheimnis, so wäre der Gebrauch des Geheimnisses durch jeden Dritten, also auch durch den Beklagten, per se eine Rechtsverletzung und es käme auf die Frage, ob auch D. verbotswidrig gehandelt habe, gar nicht an. Nach Ansicht des BGH wurde jedoch erst dadurch, daß D. mit seiner Mitteilung des Geheimnisses an den Beklagten rechtswidrig handelte, auch die Verwertung des Geheimnisses durch den Beklagten rechtswidrig.

Also nicht die Verletzung des Geheimnisses des Klägers schlechthin sah der BGH als rechtswidrig an, was bei Annahme eines "sonstigen Rechts" am Geheimnis als rechtswidrig angesehen werden müßte, sondern die durch die rechtswidrige Mitteilung des D. qualifizierte Verwertung des Geheimnisses seitens des Klägers. Qualifizierte Geheimnisverletzungen durch einen beliebigen Dritten sind u. a. durch § 17 Abs. 2 UWG verboten. Diese Vorschrift untersagt jedem Dritten die Verwertung von Geheimnissen, dessen Kenntnis er durch die rechtswidrige Mitteilung eines Arbeitnehmers oder durch eigenes gesetzeswidriges oder sittenwidriges Handeln erlangt hat.

Mit Recht geht der BGH davon aus, daß die Mitteilung des Geheimnisses durch D. an den Beklagten rechtswidrig war. Denn das Geheimrezept war als Geheimnis zusammen mit dem Gewerbebetrieb vom Konkursverwalter an den Kläger verkauft worden. Durch diesen Kaufvertrag verpflichtete der Konkursverwalter D. als Gemeinschuldner zur Erfüllung¹⁾. Zum Zwecke der Erfüllung trafen D. Unterlas-

1) Jaeger, Konkursordnung, Kommentar, 8. Aufl., § 6 Anm. 2

sungspflichten, z.B. die Pflicht, das Geheimnis niemandem mitzuteilen und auch nicht selbst zu verwerten, weil ohne diese Unterlassung eine vollständige Übertragung des Geheimnisses nicht möglich wäre. Diese Unterlassungspflicht findet ihre Parallele in der Verpflichtung des D. als ehemaligen Inhaber eines veräußerten Geschäfts, nicht mit dem Erwerber in Wettbewerb zu treten, weil ohne diese Unterlassung die vollständige Übertragung des Geschäfts, insbesondere des Kundenstamms, nicht möglich wäre ¹⁾. Die Rechtswidrigkeit der Mitteilung des Geheimrezepts durch D. ergibt sich also aus dem Verstoß gegen nachwirkende Vertragspflichten aus dem Geschäftsveräußerungsvertrag, der vom Konkursverwalter mit Wirkung gegen den Gemeinschuldner D. abgeschlossen worden war.

D. war jedoch kein Arbeitnehmer, so daß trotz der Rechtswidrigkeit seiner Mitteilung die 1. Alternative des § 17 Abs. 2 UWG nicht gegeben ist.

Ein Verstoß gegen diese Vorschrift könnte sich jedoch aus der 3. Alternative ergeben haben, nämlich aus sittenwidrigem eigenem Handeln des Beklagten. Denn die Annahme einer "eigenen" Handlung ist nur dann ausgeschlossen, wenn derjenige, der durch die sittenwidrige Tätigkeit eines anderen von dem Geheimnis Kenntnis erlangt, selbst an dieser Tätigkeit des anderen keinen Anteil hat ²⁾. D. handelte u.U. als Geschäftsveräußerer sittenwidrig, wenn er entgegen seinen vertraglichen Pflichten den Erwerber seines Geschäfts beeinträchtigte ³⁾. D. wirkte im Geschäft des Beklagten mit; er setzte den Beklagten von dem Geheimrezept in Kenntnis, der schließlich das Rezept für sein Geschäft ausnutzte. Dies würde dafür sprechen, daß der Fall BGHZ 16, 172 allein mit Hilfe des § 17 Abs. 2, 3. Alternative UWG hätte gelöst werden können, weil der Beklagte u.U. "Anteil" an der

1) h. M. RGZ 96, 172; 102, 129; 163, 311; 117, 176; Düringer-Hachenburg § 25 A 13; Schlegelberger § 22 A 17; Staub § 22 A 33

2) Reimer, 3. Aufl., S. 764 Anm. 24

3) Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., § 1 Anm. 356

sittenwidrigen Tätigkeit des D. hatte. Abschließend läßt sich hierüber jedoch nichts sagen, weil die Schilderung des Sachverhalts im Abdruck der Entscheidung zu gedrängt ist.

Selbst wenn man nicht zur Anwendung des § 17 UWG in diesem Falle gelangen konnte, wäre zu bedenken gewesen, ob nicht die Grundsätze über die Ausnutzung fremden Vertragsbruchs nach § 1 UWG zur Anwendung gekommen wären. Die Ausnutzung fremden Vertragsbruchs ist zwar nicht schlechthin sittenwidrig. Es müssen vielmehr "besondere Umstände" hinzutreten; ein solcher besonderer Umstand kann beispielsweise das Aushorchen von Betriebsgeheimnissen sein ¹⁾. Es wird sogar die Ansicht vertreten, daß jede bewußte Ausnutzung fremden Vertragsbruchs sittenwidrig sei ²⁾. Ob diese Grundsätze tatsächlich zum Tragen gekommen wären, läßt sich wegen der kurzen Darstellung des Sachverhalts, der der Entscheidung zugrunde lag, wiederum nicht sagen.

Wenn sich aus den bisherigen Überlegungen kein Anspruch des Klägers ergeben hätte, und dieses Ergebnis vom BGH als unbillig empfunden worden wäre, hätte noch die Möglichkeit der analogen Anwendung des § 17 Abs. 2, 1. Alternative UWG geprüft werden können. Denn für einen Geschäftsveräußerer und einen Angestellten ergeben sich aus dem gemeinsamen Merkmal der Tätigkeit in einem Gewerbebetrieb analoge Verpflichtungen. Anerkanntermaßen trifft den Angestellten für die Dauer seines Arbeitsverhältnisses ebenso ein Wettbewerbsverbot wie den Veräußerer eines Unternehmens nach der Geschäftsveräußerung ³⁾. Warum sollten nicht für beide analoge Unterlassungspflichten hinsichtlich eines Unternehmensgeheimnisses bestehen?

Es braucht dies nicht abschließend erörtert zu werden. Es kommt nur

1) Reimer, a. a. O., S. 517 Anm. 3

2) Degen, MuW 1927/28, 431, 439

3) Siehe Seite 156 Anm. 1

darauf an, deutlich zu machen, daß der Fall BGHZ 16, 172, in dem eine besondere Qualifikation der Geheimnisverletzung zu beurteilen war, sich anhand der bestehenden Rechtsvorschriften, die gerade auf dem Prinzip des Verbots qualifizierter Geheimnisverletzungen beruhen, hätte lösen lassen - notfalls durch Analogie. Der Annahme eines Monopols am Geschäftsgeheimnis, die das System der gesetzlichen Einzeltatbestände des UWG aus den Angeln hebt, bedurfte es jedenfalls nicht. Man darf deshalb sagen, daß auf Grund der Erfahrungen der Rechtsprechung eine Erweiterung des Schutzes von Unternehmensgeheimnissen über die bestehenden Vorschriften hinaus durch die Anerkennung eines "sonstigen Rechts" i.S. eines Monopols am Unternehmensgeheimnis, das nicht auf einzelne Qualifikationen der Geheimnisverletzung abstellt, nicht notwendig ist ¹⁾. Eine Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB ist daher in diesen Fällen nicht gerechtfertigt. Der Schutz der Unternehmensgeheimnisse beruht vielmehr allein auf den §§ 17, 18 UWG in Verb. mit § 823 Abs. 2 BGB.

1) Ebenso: Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., Übersicht zu §§ 17 - 20 a, Anm. 2; Degen MuW 1927/28, 431, 440

IX. BEEINTRÄCHTIGUNG VON PREISBINDUNGSSYSTEMEN

In der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte ¹⁾ werden zwei Arten von Beeinträchtigungen von Preisbindungssystemen i.S. des § 16 GWB als Eingriff in den Gewerbebetrieb und damit als Verletzung eines "sonstigen Rechts" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB angesehen:

- a) die Unterbietung gebundener Preise durch einen mittels Vertrag i.S. des § 16 GWB gebundenen Abnehmer und
- b) die Unterbietung gebundener Preise durch einen nicht mittels Vertrag gebundenen Händler, durch einen sog. Außenseiter.

In beiden Fällen dient die Anwendung in der Hauptsache der Begründung des Gerichtsstandes nach § 32 ZPO ²⁾. Nach dieser Vorschrift ist der Gerichtsstand für Ansprüche aus unerlaubter Handlung dort gegeben, wo die Handlung begangen wurde. Bei einem Eingriff in den Gewerbebetrieb - so folgert man - wird die Handlung, nämlich der Eingriff, am Sitz des preisbindenden Unternehmens begangen. Es ist klar, daß dieser Gerichtsstand für den klagenden, preisbindenden Unternehmer in der Regel günstiger gelegen ist als der u. U. in Frage kommende Gerichtsstand des § 24 UWG, nach dem das Gericht am Sitz des Beklagten zuständig ist.

Diese Rechtsprechung ist jedoch äußerst umstritten. Einige Oberlandesgerichte haben sich gegen die Annahme eines Gerichtsstandes im Sinne des § 32 ZPO ausgesprochen ³⁾. Der Bundesgerichtshof hat die Frage weitgehend mit dem Hinweis offengelassen, daß das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb im Bereich des Wettbewerbsrechts nur lückenausfüllenden Charakter habe und in den von

1) OLG Köln NJW 1961, 835; OLG Stuttgart MDR 1961, 1020;
OLG Hamburg WRP 1960, 351; OLG Düsseldorf BB 1962, 1348

2) Zustimmend Ohl GRUR 1961, 521, 524

3) OLG Frankfurt NJW 1961, 412; OLG Nürnberg GRUR 1963, 100;
OLG Hamm BB 1963, 790, 791

ihm zu entscheidenden Fällen lediglich eine Anwendung der §§ 1 UWG und 826 BGB in Frage komme ¹⁾. In einer Entscheidung äußert der Bundesgerichtshof "Bedenken" gegen die Einbeziehung des Preisbindungssystems in das Recht am Gewerbebetrieb ²⁾.

a) Die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB würde ein sonstiges Recht des angeblich verletzten Unternehmers - des preisbindenden Herstellers - voraussetzen. Im Fall der preisgebundenen Abnehmer hat der Hersteller ein Bündel von Forderungen gegen seinen Abnehmer, mit dem Inhalt, die festgesetzten Preise beim Weiterverkauf nicht zu unterschreiten. Es stellt sich also die Frage, ob dem Inhaber einer Forderung auf Einhaltung bestimmter Preise bei Verletzung dieser Forderung gerade durch den aus dieser Forderung Verpflichteten ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB zukommen kann. Die Frage, ob Forderungen als sonstige Rechte i.S. des § 823 Abs. 1 BGB anzuerkennen sind, ist bis heute umstritten ³⁾. Bei der Erörterung dieses Problems ist jedoch immer unbestritten geblieben, daß eine Verletzung eines "sonstigen Rechts" nicht in der Forderungsverletzung des Schuldners zu sehen sei ⁴⁾. Selbst die Vertreter der Meinung, daß Forderungsrechte "sonstige Rechte" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB seien, sind der Ansicht, daß für diese Fälle der Gesetzgeber im zweiten Buch des BGB eine eigenständige Regelung getroffen habe, die eine Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB ausschließe ⁵⁾.

Wenn also der vertraglich gebundene Abnehmer entgegen der Vereinbarung beim Weiterverkauf die festgesetzten Preise unterschreitet,

1) BGHZ 40, 137, 139 f. = NJW 1964, 152, 154 = JZ 1964, 219 ff.; BGH BB 1967, 773, 774 = GRUR 1968, 95; BGHZ 43, 359, 360; Ohne Stellungnahme in BGH NJW 1964, 917 = JZ 1964, 681 = GRUR 1964, 320 = BB 1964, 367 = Betrieb 1964, 472; Vgl. ebenso BGH NJW 1965, 1527 ff.

2) BGH BB 1967, 773, 774

3) Vgl. oben S. 88 ff.

4) Heck, Schuldrecht § 150 S. 458; Otte JZ 1969, 253 ff.

5) Löwisch, S. 140 ff.; Koziol, S. 1 (Einleitung)

so begeht er nach einhelliger Meinung einen Vertragsbruch, nicht aber eine Rechtsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB. Zu diesen Fällen ist daher die Anwendung dieser Vorschrift abzulehnen.¹⁾

In diesen Fällen beruht der Schutz des Herstellers vielmehr auf seinen durch den Vertragsbruch entstandenen vertraglichen Ansprüchen und auf § 1 UWG. Diese Vorschrift des UWG ist in diesen Fällen dann anwendbar, wenn der unterbietende Händler sich durch den Vertragsbruch zugleich einen Vorsprung vor seinen vertragstreuen Mitbewerbern verschafft, was in der Regel als sittenwidrig angesehen wird²⁾.

b) Im Fall des nichtgebundenen unterbietenden Außenseiters ist nach der Rechtsprechung das Verhalten dieses Außenseiters verboten, wenn er sich die Markenwaren durch Verleitung zum Vertragsbruch oder im Wege des sogenannten Schleichbezugs verschafft, z.B. durch einen vorgeschobenen Mittelsmann unter Verheimlichung des Warenabnehmers³⁾. Ferner ist es nach der Rechtsprechung dem Außenseiter verboten, fremden Vertragsbruch unter besonders verwerflichen Umständen auszunutzen, wenn z.B. der Außenseiter beim Erwerb der Waren die Preisbindung gekannt hat und in Erwartung der Vertragstreue der Mitbewerber durch die Preisunterbietung ein Wettbewerbsvorsprung erringen will⁴⁾.

Es stellt sich wiederum die Frage, ob in diesen Verhaltensweisen die Verletzung eines "sonstigen Rechts" zu sehen ist. Die Vertreter der Meinung, daß auch relative Rechte für Dritte, also nicht am Schuldverhältnis Beteiligte, "sonstige Rechte" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB darstellen, sehen in der Verleitung zum Vertragsbruch eine

1) Ebenso Baumbach-Hefermehl, 9. Aufl., § 1 Anm. 419, 428; OLG Hamm BB 1963, 790, 791

2) Vgl. Koenigs, JuS 1965, 384 Anm. 3

3) RGZ 136, 73; 151, 243; BGHZ 40, 137, 138 f. = BGH NJW 1964, 152, 154

4) RGZ 133, 330; BGH WuW/E 385 = GRUR 1959, 497

Rechtsverletzung i.S. des § 823 Abs. 1 BGB¹⁾. Nach ihrer Ansicht liegt eine solche Rechtsverletzung in dem "zielgerichteten" oder "wissentlichen" Eingriff in das relative Recht²⁾.

Bei denjenigen, die relative Rechte als "sonstige Rechte" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB anerkennen, bestehen bezüglich der Eingriffe in Preisbindungsverträge jedoch unterschiedliche Auffassungen. Es wird sowohl die Meinung vertreten, daß wissentliche Eingriffe in solche Verträge keine Rechtsverletzung i.S. des § 823 Abs. 1 BGB darstellen, weil diese Art der Verträge Einfluß auf die Privatautonomie am Schuldverhältnis nicht beteiligter Personen zum Zwecke habe, die Rechtsordnung aber solche Verträge weitgehend mißbillige, wie aus der staatlichen Kontrolle von Preisbindungsverträgen und Kartellen hervorgehe³⁾. Es wird auch die Ansicht vertreten, daß ein zielgerichteter Eingriff in diese Verträge durchaus als eine Rechtsverletzung i.S. des § 823 Abs. 1 BGB anzusehen sei⁴⁾.

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen relative Rechte als "sonstige Rechte" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB angesehen werden können, ist oben erörtert worden⁵⁾. Als Ergebnis wurde gefunden, daß nur solche relativen Rechte den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB genießen können, die mit einer Sachbefugnis verbunden sind. Schuldrechtliche Forderungen sind nicht mit einer Sachbefugnis verbunden und können deshalb nicht als "sonstige Rechte" angesehen werden. Unter diesen Voraussetzungen kann im Falle der Verleitung zum Bruch von Preisbindungsabsprachen oder im Falle des Schleichbezugs keine Rechtsverletzung i.S. des § 823 Abs. 1 BGB gesehen werden⁶⁾.

1) Löwisch, S. 138 ff.; Koziol, S. 191 ff.

2) Löwisch, a. a. O.; Koziol, a. a. O.

3) Koziol, S. 192, 194, 195 f.

4) Löwisch, S. 94 Fn. 88

5) Vgl. oben S. 88 ff.

6) Plassmann, JZ 1963, 273, 274; JZ 1964, 670 ff., 670 Fn. 2, 673; BGHZ 29, 65, 73, 74

Der Schutz des Herstellers kann in diesen Fällen nur aus den §§ 1 UWG und § 826 BGB hergeleitet werden, wenn besondere Umstände im Einzelfall die Annahme der Sittenwidrigkeit im Sinne dieser Vorschriften rechtfertigen ¹⁾.

Da § 1 UWG ein Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB darstellt ²⁾, ist auch die Anwendung dieser allgemeinen Norm des Rechts der unerlaubten Handlung möglich.

1) BGH NJW 1964, 152, 153 = BGHZ 40, 135 ff., 139
2) RG JW 1905, 174; BGHZ 15, 355; 41, 317

X. BEEINTRÄCHTIGUNG DER MARKTBEZIEHUNGEN

A) Einleitung

Zahlreiche Entscheidungen der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb betreffen die Beziehungen eines Unternehmens zu seinen Kunden, Lieferanten, Kreditgebern und Arbeitnehmern. Es bedarf der Untersuchung, ob diese Beziehungen die Merkmale eines sonstigen Rechts i.S. des § 823 Abs. 1 BGB aufweisen und aus diesem Grunde den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB genießen können. Die Beziehungen eines Unternehmens zu Kunden, Lieferanten, Kreditgebern und Arbeitnehmern lassen sich unter dem Gesichtspunkt der gemeinsamen Veranstaltung, in der sie auftreten, zusammenfassen: unter dem Gesichtspunkt des Marktes. Die genannten Beziehungen stellen die vier möglichen Marktbeziehungen eines Unternehmens dar.

Von den verschiedenen möglichen Marktformen ist die Marktform des freien Wettbewerbs gesetzlich eingeführt worden. § 1 GewO hat die Wirkung, daß der gegen den Staat gerichtete Anspruch des Einzelnen auf Zulassung zum Gewerbebetrieb den gleichgerichteten Ansprüchen anderer Personen begegnet ¹⁾. Daraus folgt, daß § 1 GewO notwendigerweise auch den Grundsatz des freien Wettbewerbs in sich schließt ²⁾. Der freie Wettbewerb wird durch ein Verhalten mehrerer hergestellt, das durch bestimmte Merkmale gekennzeichnet ist. Der Wettbewerb besteht in einem Verhalten mehrerer Unternehmen oder Gewerbetreibender auf einem bestimmten Markt mit dem Ziel, zum Geschäftsabschluß mit Dritten zu gelangen ³⁾.

Das gleichartige Verhalten auf demselben Markt kann sich dabei in

1) Landmann-Rohmer, 12. Aufl., § 1 Anm. 6; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 2. Aufl., 1953, S. 647

2) Landmann-Rohmer, a. a. O.

3) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I, 9. Aufl., Allgem. Grundlagen 2.

concreto von dem Verhalten der Wettbewerber erheblich unterscheiden, weil die weiteren Merkmale eines konkreten Verhaltens, die zu den in der obigen Definition genannten Merkmalen hinzukommen, sehr verschieden sein können. Gleichartig sind zwei Verhaltensweisen immer dann, wenn sie mit den obengenannten wesentlichen Merkmalen übereinstimmen.

Da der Wettbewerb nur dadurch entstehen kann, daß sich nicht nur einer in der beschriebenen Art und Weise verhält, sondern mehrere, darf diese Verhaltensweise gerade nicht zum Gegenstand eines monopolisierenden sonstigen Rechts gemacht werden, weil es einen Berechtigten gegenüber anderen bevorzugt und Anspruch auf Ausschluß anderer gewährt. Legen Vorschriften fest, daß Wettbewerb herrschen soll, dann ist mit ihm gerade das Gegenteil von dem gewollt, was vom Gesetz mit der Gewährung eines "sonstigen Rechts" gewollt ist ¹⁾.

An den Marktbeziehungen kann daher kein sonstiges Recht bestehen.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Entscheidungen der Rechtsprechung auch im Ergebnis unrichtig sind. Die Verhaltensweisen, die der Beurteilung der Rechtsprechung unterlagen, können u. U. auf Grund von Schutzgesetzen i. S. des § 823 Abs. 2 BGB verboten sein, die sich nur gegen gewisse verwerfliche Qualifikationen der Beeinträchtigung der Marktbeziehungen wenden. Es ist daher zu untersuchen, ob Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB bestehen, die verschiedene Arten und Weisen der Beeinträchtigung der Marktbeziehung verbieten.

Für den Fall, daß einschlägige Schutzgesetze nicht bestehen sollten, ist ferner jeweils zu prüfen, inwieweit die §§ 824 und 826 BGB solche verwerfliche Qualifikationen untersagen.

1) Vgl. oben S. 116 Anm. 1

B) Marktbeeinträchtigende Verhaltensweisen in der Rechtsprechung

Betrachtet man die Sachverhalte, die den einschlägigen Entscheidungen der Rechtsprechung zugrunde liegen, so ergibt sich, daß darin der Versuch der Beeinflussung der Konkurrenten auf dem jeweiligen Markt in besonderer Weise qualifiziert ist. Es handelt sich um folgende Qualifikationen ¹⁾:

1. Gewaltanwendung
2. Behauptung unwahrer geschäftsschädigender Tatsachen
3. Behauptung wahrer geschäftsschädigender Tatsachen
4. Äußerungen herabsetzender geschäftsschädigender Werturteile
5. Boykott- und Streikaufruf

1. Anwendung von Gewalt

Die Anwendung von Gewalt gegen einen Gewerbetreibenden, um ihn zu einer bestimmten Entscheidung zu veranlassen, verletzt die Verbotsnorm des § 240 StGB, die ein Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB bildet ²⁾. Dabei braucht sich die Gewalt nicht unmittelbar gegen den Unternehmer als den zu Nötigenden zu richten. Es genügt, wenn sie unmittelbar gegen Dritte ³⁾, beispielsweise Kunden,

- 1) Diese Qualifikationen erinnern an die Beschreibung von verbotenen qualifizierten Verhaltensweisen in Art. 48 Schweizer OR, der durch Art. 21 Schweizer Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30.9.1943 ersetzt wurde:
"Wer durch ... Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen in seiner Geschäftskundschaft beeinträchtigt oder in deren Besitz bedroht wird, kann ... Ersatz des Schadens verlangen". Nach dieser Vorschrift ist der Grundtatbestand der Beeinträchtigung erlaubt, die Qualifikation dieser Beeinträchtigung, "durch Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen", jedoch verboten.
- 2) LG Hamburg Hans. GZ 1919 B 115; Soergel-Siebert-Zeuner, 10. Aufl., § 823 Anm. 474; Für § 253 StGB RGZ 48, 124; JW 1938, 755
- 3) Dreher-Maassen, 2. Aufl., § 240 Anm. 4

angewandt wird, deren Behinderung für den Gewerbetreibenden ebenfalls ein solch empfindliches Übel darstellen kann, daß er dadurch zu einem bestimmten Verhalten genötigt wird. Ein gutes Beispiel für diese Fallgestaltung bietet eine Entscheidung des LAG Hannover ¹⁾, in der die tätliche Behinderung von Kunden eines bestreikten Unternehmens am Zutritt zu diesem Unternehmen durch Streikposten als Nötigung angesehen wurde. Mit Hilfe des § 240 StGB hätte auch der Klage in dem Fall RGZ 76, 35, 46 stattgegeben werden können, in dem Kunden gewaltsam vom Betreten einer Gastwirtschaft ferngehalten wurden. Soweit die Nötigung zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgt, ist sie auch durch § 1 UWG verboten ²⁾. Da in § 240 StGB und § 1 UWG ein ausreichender Maßstab für die Rechtswidrigkeit der Gewaltanwendung gegen ein Unternehmen besteht, hat entgegen der Annahme der Rechtsprechung für diese Fallgruppe niemals ein Grund für einen Rückgriff auf ein Recht am Unternehmen bestanden.

2. Behauptungen geschäftsschädigender unwahrer Tatsachen

Soweit sich aus der Rechtsprechung zum Gewerbebetrieb das Verbot der Behauptung unwahrer Tatsachen ergibt, ist damit eine Verhaltensnorm vorausgesetzt worden, die den Vorschriften der §§ 824 BGB, 14 UWG und 186 StGB entspricht ³⁾. Die Beeinträchtigung der Beziehungen zu den einzelnen Märkten ist nichts anderes als die "Gefährdung des Kredits eines anderen oder die Herbeiführung sonstiger Nachteile für dessen Erwerb und Fortkommen" (§ 824 BGB), als "die Schädigung des Betriebs des Geschäfts oder des Kredits des Inhabers" (§ 14 UWG) oder als die "Verächtlichmachung oder die Herabwürdigung in der öffentlichen Meinung" (§ 186 StGB). Da gegen

1) LAG Hannover BB 1956, 924

2) Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., § 1 UWG Anm. 47 ff.

3) BGH NJW 1966, 2010, 2011; BGHZ 36, 252, 257

die Behauptung unwahrer Tatsachen vom Gesetz ein umfassender Rechtsschutz gewährt wird, hat auch für diese Fälle ein Grund für einen besonderen Rechtsschutz mittels eines "Rechts am Gewerbebetrieb" niemals bestanden.

Anhand der genannten gesetzlichen Vorschriften allein hätten folgende Fälle aus der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb entschieden werden können, ohne daß es dabei auf einen "Eingriff in den Gewerbebetrieb" angekommen wäre:

RG JW 1910, 120 Nr. 31

Irreführender Gebrauch einer Herkunftsbezeichnung (Pilsener Bier).

RG MuW 1940, 87

Bezeichnung eines Unternehmens als "nicht arisch".

RG GRUR 1940, 375, 378 = MuW 1940, 92

Irreführende Beschaffenheitsangabe (Naturessig für Essig, der kein Naturessig war).

RG GRUR 1942, 364, 366

Behauptung von Mängeln einer Sache, die in Wahrheit nicht vorhanden waren.

RG GRUR 1944, 152 = WirtschWerbG 1944, 51

Falsche Behauptung, die Klägerin habe im Ausland zum Boykott einer anderen Firma auffordern lassen, weil diese andere Firma eine "Nazifirma" sei.

BGH VersR 1961, 843

Rundschreiben mit falschen Behauptungen über ein Kreditinstitut.

RGZ 158, 377 = JW 1939, 484

Falsche Behauptung, die Klägerin habe einer anderen Firma einen Ingenieur wegengagierte.

BGH Betrieb 1959, 1191

Der Beklagte hatte gegenüber verschiedenen Personen und aus verschiedenem Anlaß behauptet, in der Fleischräucherei des Klägers würden zum Räuchern eingelieferte Schweinebäuche beschnitten. Diese Behauptung war nach Ansicht des Gerichts unwahr.

3. Behauptungen geschäftsschädigender wahrer Tatsachen

Der Bundesgerichtshof ist der Ansicht, daß selbst die Behauptung und Verbreitung wahrer Tatsachen rechtswidrig seien, soweit sie die Marktbeziehungen eines Unternehmens beeinträchtigten ¹⁾. Der einschlägigen Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Interessenverband hatte einen Kunden seiner Mitglieder in eine "schwarze Liste" der "langsamen Zahler" aufgenommen und diese Liste an seine Mitglieder verteilt. Dies war geschehen, obwohl der Kunde auf Grund berechtigter Einwendungen nicht gezahlt hatte ²⁾.

Andere Fallgestaltungen lassen sich denken: Beispielsweise die Mitteilung von der Einreichung eines Konkursantrags ³⁾ oder die Mitteilung vom "Platzen" mehrerer Wechsel, die von einem bestimmten Unternehmen ausgestellt sind. In allen diesen Fällen handelt es sich um eine bestimmte Art der Kreditschädigung. Die Behauptung wahrer Tatsachen, die den Tatbestand der Beleidigung gemäß § 185 StGB erfüllen, also Ehrverletzungen darstellen, gehören nicht zu dieser Fallgruppe.

Eine Norm, die die Behauptung geschäftsschädigender wahrer Tatsachen ohne Rücksicht auf anderweitige besondere Umstände verbieten würde und als Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden könnte, ergibt sich weder aus dem Gesetz noch aus anderweitigem gesetztem Recht ⁴⁾. Eine so weitgehende Norm ist auch nicht durch Gewohnheitsrecht begründet worden. Der Bundesgerichtshof hat erst in einer einzigen Entscheidung aus dem Jahre 1952 die Ansicht vertreten, daß die Behauptung geschäftsschädigender wahrer Tatsachen rechtswidrig sei ⁵⁾. Wenn eine Norm, die die Behauptung ge-

1) BGHZ 8, 142 ff.

2) Es läge vielleicht näher, hierin die Behauptung einer unwahren Tatsache zu sehen. Vgl. Weitnauer, Betrieb 1963, 55, 57

3) Vgl. BGHZ 36, 18 ff.

4) Vgl. Weitnauer, a. a. O., S. 57

5) BGHZ 8, 142 ff.

geschäftsschädigender wahrer Tatsachen allgemein für rechtswidrig erklärt, nicht besteht, kann die vom Bundesgerichtshof vertretene Ansicht in dieser allgemeinen Formulierung nicht richtig sein.

Ein Verbot der Behauptung geschäftsschädigender wahrer Tatsachen kann aber durch besondere Umstände begründet sein, die diese Behauptung möglicherweise begleiten.

Die Behauptung geschäftsschädigender wahrer Tatsachen kann u. a. verboten sein, wenn besondere Umstände ergeben, daß die Behauptung zu Zwecken des Wettbewerbs in unsittlicher Weise i. S. des § 1 UWG vorgenommen wurde. § 1 UWG stellt ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB dar ¹⁾.

Einen Anhaltspunkt dafür, daß ein Verhalten zu Wettbewerbszwecken gegen die guten Sitten verstößt, ist in der Regel dann gegeben, wenn dieses Verhalten mit dem Leistungsprinzip nicht vereinbar ist ²⁾.

Im Rahmen des § 1 UWG ist aber nicht nur auf den Schutz des Leistungsprinzips zu achten. Wenn die rechtliche Beurteilung einer Geschäftsschädigung zur Diskussion steht, die mit dem Mittel der Behauptung wahrer Tatsachen herbeigeführt wurde, so darf die Bedeutung der Meinungsfreiheit dabei nicht übersehen werden. Die Meinungsfreiheit ist in Art. 5 GG besonders hervorgehoben. Zwar ist die Frage umstritten, ob die Meinungsfreiheit i. S. des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sich auch auf die Mitteilung von Tatsachen erstreckt ³⁾. In jedem Fall ist aber die Mitteilung von Tatsachen nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützt ⁴⁾. Auch Mitteilungen von Tatsachen durch Presse, Rundfunk und Film können im Wettbewerbsrecht eine Rolle spielen.

1) BGHZ 15, 355; 41, 317

2) Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Einl. UWG Anm. 69

3) Ridder, S. 264; Hamann, 2. Aufl., Art. 5 Anm. B 1; v. Mangoldt-Klein, Art. 5 Anm. III 1

4) Hamann, a. a. O.; Arndt NJW 1964, 23; v. Mangoldt-Klein, Art. 5 Anm. VII 1

Auf die widerstreitenden Meinungen zur Problematik des Verhältnisses von Verfassungsrecht und Zivilrecht zueinander¹⁾ kann im Rahmen dieser Erörterungen, bei denen es nur darauf ankommt, Gesichtspunkte aufzuzeigen, nicht eingegangen werden. Es soll hier der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zu diesem Problem gefolgt werden²⁾. Nach Auffassung dieses Gerichts ist das in Art. 5 GG genannte Recht nicht nur gegen Eingriffe des Staates geschützt. Vielmehr ist die in Art. 5 GG getroffene Wertentscheidung zugunsten der dort genannten Freiheitsrechte auch im Zivilrecht maßgebend. Die in der Verfassung getroffene Wertentscheidung findet ihren Eingang in das Zivilrecht durch eine entsprechende Auslegung der Generalklauseln³⁾. Sie sind die "Einbruchsstellen der Grundrechte in das Zivilrecht"⁴⁾.

Als Generalklausel bildet auch § 1 UWG eine solche Einbruchsstelle. Bei Anwendung dieser Vorschrift auf Fälle der Behauptung geschäftsschädigender wahrer Tatsachen treffen daher das Prinzip des Leistungswettbewerbs und die Freiheitsrechte des Art. 5 GG aufeinander. Sie stehen zueinander in einem Spannungsverhältnis, weil Beschränkungen der Behauptung wahrer Tatsachen zugunsten des Leistungsprinzips auf Kosten der Meinungsfreiheit i.S. der Freiheit, Tatsachen mitzuteilen, gehen.

Bei Abwägung dieser Prinzipien gegeneinander ist darauf zu achten, daß die Meinungsfreiheit nicht nur um ihrer selbst willen, d.h. um der Einzelpersonlichkeit und ihrer Entfaltung willen geschützt ist, sondern darüberhinaus auch als notwendiger Bestandteil der demokratischen Grundordnung unseres Staates⁵⁾. Der geistige Kampf und die

1) Siehe hierzu Enneccerus-Nipperdey, 15. Aufl., § 15 II 4 c, S. 93 ff mit umfangreichem Literaturnachweis;
Ernst Wolf in Wolf-Lücke-Hax, S. 238

2) BVerfGE 7, 198 ff.

3) BVerfGE 7, 198

4) BVerfGE 7, 198 ff., 206

5) BVerfGE 7, 198, 219; Ridder, S. 288, 289

Auseinandersetzung der Meinungen ist für die freiheitliche Demokratie "schlechthin konstituierend" ¹⁾. Die Meinungsfreiheit ermöglicht also nicht nur die Entfaltung des einzelnen, sondern trägt durch die Möglichkeit der Auseinandersetzung der Meinungen zur Bildung der für eine Demokratie wichtigen "öffentlichen Meinung" bei. Soweit eine Meinungsäußerung für die öffentliche Meinungsbildung von Bedeutung sein kann, liegt sie daher auch im öffentlichen Interesse.

Das Leistungsprinzip innerhalb des Wettbewerbs dient ebenfalls nicht nur dem privaten Interesse der Unternehmer, sondern auch dem öffentlichen Interesse ²⁾. Der Leistungswettbewerb stellt einen wichtigen Ordnungsfaktor der geltenden Wirtschaftsordnung dar ³⁾.

Bei Abwägung des öffentlichen Interesses an der Bildung einer öffentlichen Meinung gegen das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der Wettbewerbsordnung kommt es auf die einschlägige Wertentscheidung der Verfassung an.

Für die von der Verfassung begründete freiheitliche demokratische Staatsform ist die Bildung einer öffentlichen Meinung als unerlässlich anzusehen. Die der öffentlichen Meinungsbildung dienende Meinungsfreiheit steht daher in der Rangordnung der von der Verfassung gesetzten Werte an hervorragender Stelle ⁴⁾.

Bei einem Konflikt zwischen Wettbewerbsordnung und Meinungsfreiheit ist daher zugunsten letzterer zu entscheiden. Bei Anwendung dieser Grundsätze im Rahmen des § 1 UWG ergibt sich, daß die Behauptung geschäftsschädigender wahrer Tatsachen zu Zwecken des Wettbewerbs nur dann sittenwidrig sein kann, wenn sie nicht zur Bildung der öffentlichen Meinung beizutragen vermag.

1) BVerfGE 7, 198, 208; 10, 118, 121; 12, 113, 125

2) Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., § 13 UWG Anm. 7; BGHZ 11, 260

3) Vgl. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung vom 27.7.1957 BGBl. I S. 1080

4) BVerfGE 7, 198, 208

Die Behauptung geschäftsschädigender wahrer Tatsachen kann auch außerhalb des Wettbewerbs verboten sein. Dies ist dann der Fall, wenn besondere Umstände vorliegen, die die Behauptung als Verstoß gegen die guten Sitten i.S. des § 826 BGB erscheinen lassen. Anders als die Wettbewerbsordnung, in der das Leistungsprinzip gilt, kennt die allgemeine Handlungsfreiheit außerhalb des Wettbewerbs kein Prinzip, das u. a. auch dem Schutz des einzelnen Unternehmens dienen, dessen Aufrechterhaltung auch im öffentlichen Interesse liegen würde und dessen Verletzung die Sittenwidrigkeit eines geschäftsschädigenden Verhaltens indizieren würde. Vielmehr kann sich außerhalb des Wettbewerbs die Sittenwidrigkeit eines geschäftsschädigenden Verhaltens nur im Einzelfall aus dem Verhältnis des Verhaltens als Mittel zu dem durch das Verhalten erstrebten Zweck ergeben ¹⁾.

Bei der Abwägung von Mittel und Zweck im Rahmen des § 826 BGB ist wiederum der Wert der Meinungsfreiheit zu beachten. Auch § 826 BGB bildet als Generalklausel einen Eingang der Wertentscheidung der Verfassung zugunsten der Meinungsfreiheit in das Zivilrecht ²⁾. Sind bei einer Geschäftsschädigung durch Behauptung wahrer Tatsachen das Interesse an der Meinungsfreiheit und das Interesse an dem Unternehmen gegeneinander abzuwägen, so wirkt sich die Wertentscheidung der Verfassung nach dem BVerfG in folgender Weise aus: "Wenn es darum geht, daß sich in einer für das Gemeinwohl wichtigen Frage eine öffentliche Meinung bildet, müssen private und namentlich wirtschaftliche Interessen einzelner grundsätzlich zurücktreten" ³⁾.

1) Palandt-Gramm, 26. Aufl., § 826 Anm. 2 d

2) BVerfGE 7, 198 ff.

3) BVerfGE 7, 198 ff., 219

4. Äußerungen geschäftsschädigender herabsetzender Werturteile

In der Rechtsprechung ist die Äußerung geschäftsschädigender herabsetzender Werturteile für rechtswidrig erklärt worden ¹⁾. Es fragt sich, ob ein Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB besteht, aus dem die Rechtswidrigkeit einer solchen Verhaltensweise hervorgeht.

Ein Werturteil ist die Äußerung einer Meinung, die die subjektive, nicht weiter nachprüfbare persönliche Wertung eines Gegenstands zum Ausdruck bringt. Geschäftsschädigende herabsetzende Werturteile können die Vertrauensstellung, die ein Unternehmen in den Augen der Kunden, Lieferanten, Kreditgeber und Arbeitnehmer einnimmt, insofern erschüttern, als die Qualität seiner Leistungen und die Bonität seiner finanziellen Lage angezweifelt werden. Die herabsetzenden Werturteile über ein Unternehmen können dieses Unternehmen in seinen Marktbeziehungen erheblich schädigen. Diese Schäden können derart groß sein, daß sie zu dem Interesse des Urteilenden an der Äußerung des Werturteils in einem Verhältnis stehen, das mitunter als unbillig empfunden wird.

Im Gesetz findet sich als einzige Vorschrift, die herabsetzende Werturteile betrifft, § 185 StGB, der die Beleidigung anderer verbietet. Eine Beleidigung besteht nach h.M. in der Verletzung der persönlichen Ehre ²⁾, nicht in geschäftsschädigenden Werturteilen. Ob die Beschränkung des § 185 StGB auf die persönliche Ehre unbedingt richtig ist, könnte jedoch zweifelhaft sein. Denn als der Bundesgerichtshof den Ehrenschatz von Kapitalgesellschaften anerkannte ³⁾, stellte er darauf ab, daß ein Subjekt immer dann beleidigungsfähig sei, wenn es eine rechtlich anerkannte gesellschaftliche (auch wirt-

1) BGH NJW 1967, 390 Nr. 3; BGH JZ 1968, 231, 232; BGHZ 45, 296, 307; BGHZ 3, 270 ff., 280; BGH NJW 1963, 484, 485

2) Schönke-Schröder, 1970, Vorbem. I vor § 185

3) BGHSt 6, 186, 191

schaftliche) Aufgabe ("soziale Funktion") erfülle; diese Aufgabe brauche keine öffentliche zu sein. § 185 StGB betrifft also nach Meinung des BGH in erster Linie die gesellschaftliche Stellung, mit der der Begriff der persönlichen Ehre korrespondiert, aber darüberhinaus auch die wirtschaftliche Stellung, der im Gegensatz zur persönlichen Ehre ein mehr wirtschaftlich orientierter Geltungsanspruch entsprechen wird.

Es kann jedoch nicht verkannt werden, daß § 185 StGB nach seiner Entstehungsgeschichte und seiner systematischen Stellung im Strafbuch sich eindeutig allein auf den Bereich der persönlichen Ehre bezieht. Darin ist der h. M. ¹⁾ Recht zu geben. Die Beschränkung des § 185 StGB auf den Schutz der persönlichen Ehre wird der Grund dafür gewesen sein, daß man in den Fällen der geschäftsschädigenden Werturteile nicht auf diese Norm zurückgegriffen hat.

Die Rechtsprechung hat versucht, eine Regelung dieses Interessenkonflikts in der Weise vorzunehmen, daß sie einerseits mit Hilfe der Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb unberechtigt erscheinende Werturteile verbot und andererseits den Begriff der "Tatsache" in den §§ 824 BGB, 14 UWG und § 186 StGB so weit auslegte, daß viele Fälle der herabsetzenden Werturteile darunter subsumiert werden konnten ²⁾.

Wenn auf Grund von Gesetz oder anderweitigen Normen des geschriebenen Rechts keine Vorschrift besteht, die ausdrücklich die Äußerung geschäftsschädigender herabsetzender Werturteile für rechtswidrig erklärt, so fragt es sich, ob durch die Rechtsprechung eine solche Verbotsnorm als Gewohnheitsrecht geschaffen worden ist. Die Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb hat mehrfach ausgesprochen,

1) Schönke-Schröder, 1970, Vorbem. I zu § 185 Maurach, 3. Aufl., S. 106 f.

2) Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., § 14 UWG Anm. 3, 4; Soergel-Siebert-Zeuner, 10. Aufl., § 824 Anm. 1 a) aa); BGH NJW 1952, 352

daß die Äußerung geschäftsschädigender herabsetzender Werturteile rechtswidrig sei. Folgende Fälle sind in diesem Zusammenhang zu nennen:

1) RG JW 1905, 20 Nr. 19

Abfällige Äußerung, man werde bei einem bestimmten Konkurrenten "nicht gut und solide bedient", es handele sich nicht um eine "leistungsfähige Reparaturwerkstätte".

2) RG JW 1908, 133 Nr. 1

Bezeichnung der Werbung eines Konkurrenten als "schmutzige Prahlerei".

3) BGHZ 3, 270

Übertriebene Kritik an einer Illustrierten, in der u.a. geäußert wird, die Frauenzeitschrift "C" der Klägerin sei "eine Blüte aus dem Sumpf der fragwürdigen Kulturerzeugnisse nach Art der Magazine".

4) BGH GRUR 1956, 212 ¹⁾

Eine in einer Zeitschrift veröffentlichte Warnung, Käufe von einem bestimmten Unternehmen "erst nach Rückfrage" bei einem Interessenverband vorzunehmen.

5) OLG Celle MDR 1956, 745

Versendung eines Rundschreibens durch einen Interessenverband, in dem das von ihm herausgegebene Herstellerverzeichnis, das seine Mitglieder enthält, als "authentisch", im Vergleich dazu ein von einem Verlag herausgegebenes Herstellerverzeichnis, das dieselben Mitglieder aufführt, jedoch als "sogenanntes" Herstellerverzeichnis bezeichnet wird.

6) OLG Celle NJW 1964, 1804 ff.

Wochenzeitung "DM" veröffentlichte einen Test des VW 1500 S mit dem Ergebnis, der Wagen sei "unzuverlässig" und "nicht empfehlenswert". (Das Werturteil sei "Unwahr" und eine "unverantwortliche Schlußfolgerung").

7) OLG Stuttgart NJW 1964, 595 und 48 ff.

Wochenzeitung "DM" veröffentlichte einen Test des Fiat Europa mit folgenden Sätzen: der Wagen habe "lebensgefährliche" Brem-

1) Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., § 1 Anm. 107: kein Boykott

sen; der Fahrer des Wagens müsse mehr als bei anderen Fabrikaten mit einem Blockieren der Bremsen rechnen; daher sei der Wagen "nicht empfehlenswert". (Gericht: die sachlichen Feststellungen rechtfertigten nicht eine derartig nachteilige Beurteilung).

8) BGH BB 1963, 162

Kritik einer Modejournalistin während einer Fernsehreportage an einem Modellmantel, auf dem der Name des Herstellers zu erkennen war.

9) OLG München NJW 1955, 145

Negatives Urteil über die Finanzlage eines Unternehmens, aber durch § 193 StGB (analog) gerechtfertigt.

Die Entstehung einer gewohnheitsrechtlichen Norm, die die Äußerung geschäftsschädigender herabsetzender Werturteile für rechtswidrig erklärt, muß jedoch deshalb verneint werden, weil sich bezüglich der Gültigkeit einer solchen Norm keine allgemeine Überzeugung gebildet hat. Die Meinungen für und gegen die Annahme einer solchen Norm sind kontrovers geblieben ¹⁾, und zwar auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs selbst. Im sog. Constanze Urteil ²⁾ ging der Bundesgerichtshof davon aus, daß geschäftsschädigende herabsetzende Werturteile immer dann rechtswidrig seien, wenn sie unnötig scharf formuliert seien, wenn sie über eine sachliche Kritik hinausgehen, wenn sie nicht das schonendste Mittel zu dem mit der Kritik verfolgten Zweck darstellten oder wenn der Täter es unterlassen habe, sorgfältig zu prüfen, ob die Beeinträchtigung nach Schwere und Ausmaß zur sachgemäßen Interessenwahrnehmung erforderlich sei. Dieser Meinung sind einige Instanzgerichte gefolgt ³⁾. In anderen Urteilen hat

1) Arndt NJW 1964, 1310, 1312; Schultz NJW 1963, 1801 ff.;
Mallmann JZ 1966, 625 ff., 632;
Helle NJW 1962, 1177 ff.

2) BGHZ 3, 270 ff., 280

3) z. B. OLG Celle NJW 1964, 1804, 1805;
OLG Stuttgart NJW 1964, 595 f.;
Vgl. auch Helle NJW 1962, 1177 ff.

sich der Bundesgerichtshof ¹⁾ von dieser Ansicht distanziert und in einem Urteil aus dem Jahre 1966 ihr widersprochen ²⁾. In dieser letztgenannten Entscheidung führt der Bundesgerichtshof aus, daß herabsetzende Werturteile und Kritik auch dann nicht rechtswidrig seien, wenn es an einer sorgfältigen Interessenabwägung, an der Sachlichkeit und der Beobachtung der größtmöglichen Schonung fehle. Auch unangemessen scharfe Meinungsäußerungen u. U. in hämisch-ironischer oder schimpfend-polternder Art seien erlaubt ³⁾. Hat sich demnach keine allgemeine einheitliche Überzeugung über Geltung und Umfang einer Norm, die die Äußerung geschäftsschädigender Werturteile verbietet, gebildet, so kann eine solche Norm auch nicht als Bestandteil des Gewohnheitsrechts angesehen werden.

Ein Verbot der Äußerung geschäftsschädigender herabsetzender Werturteile kann aber durch besondere Umstände begründet sein, die diese Werturteile möglicherweise begleiten. Solche besonderen Umstände, bei deren Vorliegen die Äußerung geschäftsschädigender herabsetzender Werturteile verboten sein kann, sind dann vor allem gegeben, wenn diese Äußerung zu Zwecken des Wettbewerbs in unsittlicher Weise i.S. des § 1 UWG erfolgte. § 1 UWG bildet ein Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB ⁴⁾.

Ein Anhaltspunkt für die Unsittlichkeit der geschäftsschädigenden herabsetzenden Werturteile zu Zwecken des Wettbewerbs liegt dann vor, wenn solche Äußerungen im konkreten Fall dem Leistungsprinzip widersprechen ⁵⁾.

Wie bei der Behauptung wahrer Tatsachen ist auch hier im Rahmen

-
- 1) BGHZ 37, 77 ff. = JZ 1962, 163;
BGH LM Nr. 14 zu Art. 5 GG = JZ 1964, 623 f.;
BGH LM Nr. 15 zu Art. 5 GG = NJW 1965, 294;
BGH LM Nr. 17 zu Art. 5 GG = NJW 1965, 1476
 - 2) BGH JZ 1967, 174 ff.
 - 3) BGH a. a. O., S. 177
 - 4) BGHZ 15, 355; 41, 317
 - 5) Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Einl. UWG Anm. 69

des § 1 UWG nicht nur auf den Schutz des Leistungsprinzips, sondern auch auf das Prinzip der Meinungsfreiheit zu achten ¹⁾. Die Äußerung von Werturteilen als Grundlage der öffentlichen Diskussion ist das eigentliche Schutzobjekt des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Sind bei einer Geschäftsschädigung durch Äußerung herabsetzender Werturteile das Interesse an dieser Äußerung und das Interesse an dem Unternehmen gegeneinander abzuwägen, so wird man, soweit die herabsetzende Äußerung einen Beitrag zur öffentlichen Diskussion ²⁾ darstellen kann, gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem Interesse an der Meinungsäußerung den Vorzug geben müssen.

Die Äußerung geschäftsschädigender herabsetzender Werturteile kann auch außerhalb des Wettbewerbs verboten sein ³⁾. Hier greifen dieselben Überlegungen Platz wie im Falle der geschäftsschädigenden Behauptung wahrer Tatsachen außerhalb des Wettbewerbs ⁴⁾.

Gerade für den Fall einer Geschäftsschädigung durch herabsetzende Werturteile außerhalb des Wettbewerbs hat das Bundesverfassungsgericht die Feststellung getroffen, daß private wirtschaftliche Interessen einzelner zurücktreten müßten, wenn es darum gehe, daß sich in einer für das Gemeinwohl wichtigen Frage eine öffentliche Meinung bilde ⁵⁾.

Soweit geschäftsschädigende herabsetzende Werturteile eine Meinungsäußerung i. S. des Art. 5 GG darstellen, wird man daher von dem Grundsatz ihrer rechtlichen Zulässigkeit außerhalb des Wettbewerbs ausgehen dürfen.

1) Auch hier wird wieder der Meinung des BVerfG gefolgt.
Vgl. BVerfGE 7, 198 ff.;
vgl. im Text S. 171

2) BVerfGE 7, 198, 219; Kübler, S. 13

3) Außerhalb des Wettbewerbs ereignete sich die Mehrzahl der Fälle, die von den Gerichten behandelt wurden.

4) Vgl. Text S. 173

5) BVerfGE a. a. O.

Auch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weist in dieser Richtung ¹⁾. In einer seiner jüngsten Entscheidungen zum Recht am Gewerbebetrieb hat er die "böswillige und gehässige Schmähkritik" (im Gegensatz zu einer nicht zu beanstandenden unangemessen scharfen Meinungsäußerung "hämisches ironischer" oder "schimpfend-polternder" Art) unter Berücksichtigung des Art. 5 GG als Grenze des Erlaubten bezeichnet ²⁾. Solche Kritik wird man auch als sittenwidrig ansehen können. Liegt die Grenze der erlaubten Meinungsäußerung dort, wo die Meinungsäußerung als sittenwidrig bezeichnet werden kann, dann bedeutet die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Rückkehr zu den engeren Voraussetzungen des § 826 BGB ³⁾. Auch im Bereich der geschäftsschädigenden herabsetzenden Werturteile hätte es also des Rückgriffs auf ein Recht am Gewerbebetrieb nicht bedurft.

Anhang: Der Warentest

Sind die wichtigsten Gesichtspunkte für oder gegen die Rechtmäßigkeit der Äußerung geschäftsschädigender herabsetzender Werturteile ⁴⁾ und der Behauptung geschäftsschädigender wahrer und unwahrer Tatsachen aufgezeigt, so ergeben sich daraus auch die Gesichtspunkte für und gegen die Zulässigkeit von Warentests. Denn der Warentest setzt sich aus Äußerungen von Werturteilen und Behauptungen von Tatsachen zusammen. Da durch einen Warentest nur die Marktbeziehungen eines Unternehmens beeinträchtigt werden können und da an den Marktbeziehungen eines Unternehmens keine Monopolrechte i. S. des § 823 Abs. 1 BGB bestehen können, scheidet eine Anwendung dieser

1) BGHZ 36, 77 ff., 82 = JZ 62, 163 ff.; BGH NJW 1966, 1617, 1618; BGH JZ 1967, 174 ff., 177

2) BGH JZ 1967, 177; vgl. auch BGHZ 45, 296, 307; JZ 1968, 231, 232

3) Kübler JZ 1967, 178 Anm. 23

4) BGH JZ 1966, 478

Vorschrift auf Beeinträchtigung eines Unternehmens durch einen Warentest aus ¹⁾. Es können nur die Vorschriften Anwendung finden, die dem Grundsatz der Wettbewerbsordnung gerecht werden und nur bestimmte Arten von Beeinträchtigungen der Marktbeziehungen verbieten ²⁾. Bei Beurteilung des Warentests auf Grund solcher Normen ist seine Veranstaltung innerhalb und seine Veranstaltung außerhalb des Wettbewerbs zu unterscheiden.

Ist die Wettbewerbsneutralität des Testers gegeben, befindet er sich also außerhalb des Wettbewerbs, so sind unwahre Behauptungen nach den §§ 824 BGB und 186 StGB in Verb. mit § 823 Abs. 2 BGB zu beurteilen.

Die Behauptung wahrer Tatsachen und die herabsetzende Kritik sind grundsätzlich erlaubt und können nur insoweit verboten sein, als sie gegen die guten Sitten i.S. des § 826 BGB verstoßen. Es ist dabei zu beachten, daß im Rahmen des § 826 BGB die Wertentscheidung der Verfassung zugunsten der Meinungsfreiheit und damit zugunsten der öffentlichen Meinungsbildung auch im Zivilrecht nachzuvollziehen ist.

Ist die Wettbewerbsneutralität des Testers nicht gegeben, greifen bei Behauptung unwahrer Tatsachen die §§ 1, 14 UWG ein. Im Falle der Behauptung wahrer Tatsachen und herabsetzender Werturteile kann § 1 UWG zur Anwendung kommen. Wenn man wie das Bundesverfassungsgericht den Wert der Bildung der öffentlichen Meinung als erst-rangig in unserer Rechtsordnung veranschlagt, dann ergibt sich daraus eine Einschränkung des Verbots der Behauptung wahrer Tatsachen und der Äußerung herabsetzender Werturteile, selbst wenn sie gegen das Leistungsprinzip verstoßen. Von dieser Einschränkung

1) a. A. Helle NJW 1962, 1177; Bollack NJW 1963, 986; Hefermehl GRUR 1962, 611 ff.

2) In diesem Sinn Schultz NJW 1963, 1801 ff.; Völpl, Vergleichender Warentest, WRP 1963, 109 ff.; Weitnauer Betrieb 1963, 55, 57

würde auch das Verbot der vergleichenden Werbung in gewissem Umfange berührt ¹⁾. Auf diesen Zusammenhang kann hier lediglich hingewiesen werden, ohne daß es möglich wäre, im Rahmen dieser Arbeit diese Problematik zu betrachten.

5. Boycott- und Streikaufrorderungen

a) Der Arbeitskampf der Arbeitnehmer

In der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb ist der Arbeitskampf der Arbeitnehmer (Streik und Boykott) für rechtswidrig erklärt worden, sofern er nicht aus dem Gesichtspunkt der Sozialadäquanz gerechtfertigt sei ²⁾. Da keine gewährende Norm besteht, die ein Herrschaftsrecht eines Gewerbetreibenden an seinen Arbeitsmarktbeziehungen statuieren würde und die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB deshalb entfällt, fragt es sich, ob ein Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB besteht, aus dem unter bestimmten Voraussetzungen die Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes folgt.

Den Maßstab für die rechtliche Beurteilung des Arbeitskampfes bildete bis zum Jahre 1952 lediglich § 826 BGB. Erst seit diesem Zeitpunkt wurde der nicht sozialadäquate Arbeitskampf als Eingriff in den Gewerbebetrieb gemäß § 823 Abs. 1 BGB angesehen. Nipperdey ³⁾ hat in seinem Zeitungsstreikgutachten aus dem Jahre 1952 erstmalig die Meinung vertreten, daß ein Streik einen Eingriff in den Gewerbebetrieb darstelle. Als Grund hierfür gibt er an, daß § 826 BGB für

1) Für die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung in gewissen Grenzen:

Völp WRP 1961, 135 ff., 141; Rinck BB 1962, 105 ff.;
Koenigs NJW 1961, 1041 ff., 1044; Schwanenberger NJW 1961,
1185 f.; BKA, Beschluß vom 8.1.1964, MA 1964, 129

2) BAG 1, 291 = NJW 1955, 882

3) Nipperdey, Gutachten zum Zeitungsstreik, S. 33 ff.

die Beurteilung des Streiks ungeeignet sei, weil der Begriff der Sittenwidrigkeit für die besonderen Anschauungen und Verhältnisse in den Kreisen des Arbeitslebens nicht passe ¹⁾. Nach weitverbreiteter Ansicht enthalte die Sittenwidrigkeit einen moralischen Vorwurf, der nach den Anschauungen in den Kreisen des Arbeitslebens hinsichtlich des Streiks in den seltensten Fällen gerechtfertigt sei. BAG ²⁾ und andere Gerichte ³⁾ haben diese Rechtskonstruktion Nipperdeys übernommen.

Löwisch ⁴⁾ vertritt ebenfalls die Auffassung, daß in den Regelfällen des Arbeitskampfes § 823 Abs. 1 BGB Anwendung finde ⁵⁾. Er begründet jedoch die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB nicht mit der Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, sondern mit der Verletzung der sich aus dem Arbeitsverhältnis ergebenden Forderungen (im Falle des Arbeitskampfes der Arbeitnehmer die Forderungen des Arbeitgebers auf Leistung der Dienste), soweit sich ein Eingriff gerade gegen sie richte. Diese Ansicht fußt auf Löwischs Überzeugung, daß der Begriff des "sonstigen Rechts" auch relative Rechte, insbesondere Forderungsrechte einschließe ⁶⁾. Er sieht die Verletzung eines "sonstigen Rechts", das auch ein relatives Recht sein könne, grundsätzlich aber nur dann als gegeben an, wenn sich die Verletzungshandlung gerade gegen das "sonstige Recht" richte. Die von der Gewerkschaft ergriffenen Kampfmaßnahmen richten sich ihrem Sinne nach in aller Regel auf den Bruch der den einzelnen Arbeitnehmern obliegenden Vertragspflichten und damit unmittelbar gegen die aus dem Arbeitsverhältnis

1) RAG 2, 217

2) BAG 1, 291 = NJW 1955, 882

3) Vgl. LG Duisburg NJW 1953, 268; LAG Freiburg NJW 1953, 1278 f.

4) Löwisch, S. 211

5) Für bestimmte Fälle des Arbeitskampfes hält er allerdings nicht § 823 Abs. 1 BGB, sondern § 826 BGB für anwendbar.

Vgl. Löwisch, S. 218

6) Vgl. oben S. 55 ff.

sich ergebenden Ansprüche des Arbeitgebers.

Es wurde bereits ausgeführt, daß weder das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb noch ein relatives Recht als "sonstiges Recht" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt werden könne ¹⁾.

Daraus folgt, daß ein Arbeitskampf nicht aus den von der Rechtsprechung, von Nipperdey oder von Löwisch dargelegten Gründen rechtswidrig sein kann.

Der Versuch der Beurteilung der Rechtswidrigkeit bzw. Rechtmäßigkeit eines Arbeitskampfes der Arbeitnehmer (Streik, Boykott) führt zu der Frage, inwieweit Verbotsnormen bestehen, die sich auf diesen Arbeitskampf beziehen und bei deren Übertretung die Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes begründet wird.

Es ist festzustellen, daß sich weder aus dem geschriebenen noch aus dem Gewohnheitsrecht eine Norm ergibt, die den Arbeitskampf der Arbeitnehmer grundsätzlich für rechtswidrig erklären würde, nur weil im Zusammenhang mit diesem Arbeitskampf regelmäßig der Gewerbebetrieb des Arbeitgebers beeinträchtigt wird oder weil relative Rechte des Arbeitgebers verletzt würden. Ein solch weitgehendes Verbot würde der h.M. widersprechen, die davon ausgeht, daß grundsätzlich im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit Kampffreiheit bestehe ²⁾. Ein Verbot des Arbeitskampfes schlechthin würde die Kampffreiheit aufheben ³⁾.

Besteht Kampffreiheit im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit, dann können nur besondere Arten des Arbeitskampfes verboten sein. Folglich können Verbotssätze bezüglich des Arbeitskampfes nur insoweit bestehen, als sie Arbeitskämpfe untersagen, die durch be-

1) Siehe oben S. 97, S. 119

2) Hueck-Nipperdey II, 6. Aufl., § 3 VI, S. 40; Nikisch II, 2. Aufl., S. 128, 129; Brox-Rüthers, § 2 A IV 1, 2 S. 44, 45; Siebrecht, 2. Aufl., S. 23 mit weiteren Nachweisen; BAG 1, 291, 300, 308

3) Bötticher BB 1957, 621, 623

stimmte Merkmale qualifiziert sind. Daß solche qualifizierte Verbotsnormen hinsichtlich des Arbeitskampfes existieren, soll, ohne die Frage der Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes im Rahmen dieser Arbeit erschöpfend behandeln zu wollen, an drei Beispielen gezeigt werden.

In neuerer Zeit hat die Rechtsprechung den Streik in drei verschiedenen Fallgestaltungen für rechtswidrig erklärt: Diese Entscheidungen können im Ergebnis deshalb als zutreffend erachtet werden, weil Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2 BGB bestehen, die auf Grund besonderer Qualifikationen der Tatsache gerecht werden, daß auf dem Arbeitsmarkt Wettbewerbs- und Kampffreiheit herrschen.

Die Entscheidungen befassen sich mit folgenden Fallgestaltungen:

- aa) Der Streik mit dem Ziel, freie Lohnvereinbarungen "tariflich zu verankern", obwohl § 4 Abs. 3 TVG nur die Festsetzung von Mindestlöhnen zuläßt. BAG 2, 75 = NJW 1955, 1373 = AP Nr. 2 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
- bb) Der sog. "wilde" Streik
BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
BAG AP Nr. 33 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"
- cc) Der sog. "politische" Streik
LAG Freiburg NJW 1953, 1278
LAG Frankfurt BB 1953, 290, 291
LAG Düsseldorf RdA 54, 117, 118
LAG München RdA 1953, 278
LG Duisburg NJW 1953, 268, 270

Zu Fall aa) Wenn in diesem Urteil das BAG den Rechtswidrigkeitsmaßstab in § 4 Abs. 3 TVG fand, liegt die Frage nahe, ob hierin nicht eine Verbotsnorm zum Schutze des durch den Streik beeinträchtigten Unternehmens zu sehen ist. Im Ergebnis hat das BAG tatsächlich diese Norm als (auch) zum Schutze des geschädigten Unternehmens bestehend betrachtet; denn es hielt die Beeinträchtigung des betroffenen Unternehmens nur deshalb für nicht sozialadäquat, weil das Ziel des Streiks, freie Lohnvereinbarungen "tariflich zu verankern", mit dem Sinn und Zweck eben dieser Vorschrift nicht zu ver-

einbaren sei. Es ist bisher noch niemals ausdrücklich die Ansicht vertreten worden, daß § 4 Abs. 3 TVG, der das sog. Günstigkeitsprinzip normiert, ein Schutzgesetz zugunsten des beteiligten Unternehmens darstelle. Auf den ersten Blick scheint diese Vorschrift eine Schutzvorschrift allein zugunsten des Arbeitnehmers zu sein. Bei dieser Betrachtungsweise würde aber übersehen, daß das TVG für gleichberechtigte Partner geschaffen wurde und daß es daher durchaus möglich ist, daß dieses Gesetz nicht nur die Interessen der Arbeitnehmer, sondern auch die der Unternehmer wahren soll. Es wird mit Recht darauf hingewiesen, daß das in § 4 Abs. 3 TVG niedergelegte Günstigkeitsprinzip nicht nur zugunsten des Arbeitnehmers bestehe, sondern zugunsten beider Vertragsparteien, also auch zugunsten des Unternehmers¹⁾. Denn das Günstigkeitsprinzip errichtet eine Schranke gegen die Kollektivmacht, indem es dem einzelnen Unternehmer und Arbeitnehmer überläßt, im übertariflichen Raum freie Vereinbarungen, die im Interesse beider liegen mögen, zu treffen. Eine Vorschrift, die die Festsetzung tariflicher Höchstlöhne gestattete, würde dies unmöglich machen. In Zeiten des Arbeitskräftemangels kommt das Günstigkeitsprinzip besonders dem Unternehmer zugute, der durch höhere Lohnangebote u. U. seinen Bedarf an Arbeitskräften decken kann, was ihm bei festgesetzten Höchstlöhnen verwehrt wäre²⁾. Da § 4 Abs. 3 TVG also auch dem Schutze des einzelnen Unternehmens dient, steht m. E. der Anerkennung dieser Vorschrift als Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB nichts im Wege. Diese Verbotsnorm läßt die Kampffreiheit im Grundsatz unberührt, denn sie ist dadurch qualifiziert, daß sie nur ein ganz bestimmtes Ziel des Arbeitskampfes, die tarifliche Verankerung freier Lohnvereinbarungen, untersagt.

1) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, 4. Aufl., § 4 Anm. 190

2) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, a. a. O.

Zu Fall bb) "Wilder" Streik

Nachdem lange Zeit hindurch umstritten war, ob ein sog. wilder Streik rechtmäßig sei oder nicht ¹⁾, hat das BAG entschieden, daß ein solcher Streik rechtswidrig sei. Er stelle einen Eingriff in den Gewerbebetrieb i.S. des § 823 Abs. 1 BGB dar ²⁾. Da nach der hier vertretenen Auffassung ein Recht am Gewerbebetrieb nicht bejaht werden kann, ist wiederum zu fragen, ob eine andere qualifizierte Norm mit Schutzgesetzcharakter existiert, die Wettbewerbs- und Kampffreiheit im Grundsatz bestehen läßt und die die Entscheidung des BAG stützen könnte.

Unter wildem Streik versteht man eine Arbeitsniederlegung, die nicht von einer Gewerkschaft geführt wird, sondern ohne Mitwirkung einer Gewerkschaft allein auf Grund einer Verabredung der Arbeitnehmer eines Betriebs untereinander vorgenommen wird. Das BAG verweist zur Bestätigung seiner Meinung, daß der wilde Streik rechtswidrig sei, auf mehrere Vorschriften des Arbeitsrechts: § 2 Abs. 1 TVG, § 49 Abs. 2 Satz 3 BetrVerfG, § 55 Abs. 2 Satz 3 PersVertrG, Art. 29 Satz 5 HessVerf., Art. 51 Verf. v. Rheinland-Pfalz und Art 56 Verf. d. Saarlandes. Das BAG führt dazu aus:

Nach § 2 Abs. 1 TVG seien die einzelnen Arbeitnehmer nicht tariffähig. Der bloßen Summation einzelner Arbeitnehmer fehle also das Verhandlungsgewicht für den Abschluß eines Tarifvertrags und die erforderliche und hinreichende Möglichkeit, die Einhaltung des Tarifvertrags unter dem Gesichtspunkt der Friedenspflicht zu gewährleisten. Aus den §§ 49 Abs. 2 Satz 3 BetrVerfG und § 55 Abs. 2 Satz 3 PersVertrG, die beide von Arbeitskämpfen "tariffähiger Parteien"

1) Für Rechtmäßigkeit: LAG Frankfurt RdA 1950, 427 m. Anm. von Bulla; Siebrecht, 2. Aufl., S. 28; Niese, Streik und Strafrecht, S. 42; Nikisch II, 2. Aufl., S. 119, 120; dagegen: Hueck-Nipperdey II, 6. Aufl., § 49 VII 1 a, S. 643; Hoeniger RdA 1953, 207

2) BAG AP Nr. 32, 33 zu Art. 9 GG "Arbeitskampf"

sprechen, tariffähig nach § 2 Abs. 1 TVG auf der Arbeitnehmerseite aber nur Gewerkschaften seien, ergebe sich, daß es zum Wesen des Arbeitskampfes gehöre, nur unter Mitwirkung der Gewerkschaften durchgeführt zu werden. Schließlich würden die genannten Vorschriften der Länderverfassungen ein Streikrecht nur insoweit anerkennen, als an dem Streik Gewerkschaften mitwirkten ¹⁾.

Es fragt sich, ob der Ansicht des BAG im Ergebnis zuzustimmen ist. Da nach der hier vertretenen Auffassung durch den Arbeitskampf ein sonstiges Recht am Gewerbebetrieb nicht verletzt wird ²⁾, kann der "wilde" Streik nur rechtswidrig sein, wenn eine Norm besteht, die ihn verbietet und die als Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden kann.

Die von dem BAG zitierten Vorschriften der §§ 49 Abs. 2 Satz 3 BetrVerfG ³⁾, 55 Abs. 2 Satz 3 PersVertrG könnten solche Verbotsnormen darstellen ⁴⁾. Die beiden Vorschriften haben den gleichen Wortlaut: "Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien werden hierdurch nicht berührt". Nicht berührt werden die genannten Arbeitskämpfe von einem in Satz 2 der Vorschriften ausgesprochenen Verbot von Arbeitskämpfen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber. Die Vorschriften besagen also aus diesem Zusammenhang heraus, daß Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien rechtmäßig sind. Da diese Vorschrif-

-
- 1) Eine Ausnahme macht Art. 18 Abs. 3 der Berliner Verfassung, der das Streikrecht ohne Einschränkung bezüglich gewerkschaftlicher Mitwirkung anerkennt.
 - 2) Vgl. oben S. 184 f.
 - 3) Das Betriebsverfassungsgesetz von 1952 ist inzwischen von dem neuen Betriebsverfassungsgesetz vom 15.1.1972 (BGBl. I, S. 13) in Kraft seit 19.1.1972, abgelöst worden. Der Vorschrift des § 49 Abs. 2 Satz 3 BetrVerfG 1952 entspricht wörtlich § 74 Abs. 2 Satz 1 2. Halbsatz des neuen Betriebsverfassungsgesetzes. An der Rechtslage hat sich also in der hier erörterten Frage nichts geändert. Im Text sind die alten Vorschriften belassen worden, weil die gesamte einschlägige Literatur sich auf die alten Vorschriften bezieht.
 - 4) Von der rechtlichen Bedeutung der ebenfalls zitierten Verfassungsnormen soll hier einmal abgesehen werden. Vgl. hierzu Wolf in Wolf-Lücke-Hax, S. 238

ten den Abschluß einer langen Entwicklung in Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung über die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen darstellen, folgt aus ihnen der Umkehrschluß, daß Arbeitskämpfe nicht tariffähiger Parteien rechtswidrig sind ¹⁾.

Auf der Arbeitnehmerseite sind nur die Gewerkschaften tariffähig (§ 2 Abs. 1 TVG). Daraus ergibt sich, daß nicht von Gewerkschaften geführte Arbeitskämpfe rechtswidrig sind. Das bedeutet, daß ein sog. "wilder" Streik verboten und rechtswidrig ist ²⁾.

Das Verbot, das einen "wilden" Streik untersagt, dient auch dem Interesse des jeweils betroffenen Unternehmers. Nach dem Tarifvertragsrecht trifft nur die tariffähigen Verbände der Arbeitnehmer, also nur die Gewerkschaften, gegebenenfalls die Friedenspflicht sowie die Durchführungspflicht und nur sie müssen entsprechend auf ihre Mitglieder einwirken ³⁾. Nicht tariffähige Verbände sind niemals in dieser Weise dem Arbeitgeber verpflichtet. Es ist daher für den Arbeitgeber von erheblichem Interesse, sich im rechtmäßigen Arbeitskampf nur einem solchen Gegner gegenüber zu wissen, der unter den entsprechenden Voraussetzungen den genannten Pflichten unterliegt. Da sich also aus der Auslegung der §§ 49 Abs. 2 Satz 3 BetrVerfG und 55 Abs. 2 Satz 3 PersVertrG ein Verbot des "wilden" Streiks ergibt und da dieses Verbot u. a. auch im Interesse des betroffenen Arbeitgebers erlassen ist, können diese Vorschriften als Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden.

-
- 1) Reinermann, Der Sympathiestreik als rechtswidriges Verhalten gegenüber dem betroffenen Arbeitgeber, Marburg Diss., 1964, S. 41 f.
 - 2) Ebenso: Hueck-Nipperdey Bd. II, 6. Aufl., § 49 VII 1 a, S. 643; Hessel, BB 1951, 86 f.; Hoeniger RdA 1953, 207; a. A. Nikisch, Lehrbuch II, 2. Aufl., § 64 II 4 a, S. 120; Niese, S. 41 f.
 - 3) Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, 4. Aufl., § 2 Anm. 34, 35

Zu Fall cc) Der "politische" Streik

Zahlreiche Landesarbeitsgerichte haben den sog. politischen Streik für rechtswidrig erklärt¹⁾. Da nach der hier vertretenen Ansicht ein Recht am Gewerbebetrieb auch hinsichtlich der Arbeitsmarktbeziehungen nicht bestehen kann, ist wiederum zu fragen, ob eine andere qualifizierte Norm mit Schutzgesetzcharakter existiert, die die Kampffreiheit im Grundsatz bestehen läßt und die die Entscheidungen der Gerichte tragen könnte.

Der politische Streik wendet sich nicht gegen einen Sozialpartner, also nicht gegen den Gewerbetreibenden, sondern in der Regel gegen ein staatliches Organ, wie z.B. der Zeitungsstreik im Jahre 1952 gegen den Bundestag, der damals über das inzwischen in Kraft getretene Betriebsverfassungsgesetz beriet. Andere Fälle des politischen Streiks sind bisher noch nicht beobachtet worden²⁾. Der Streik, der ein Parlament unter Druck setzen soll, könnte den Tatbestand des § 105 StGB (Parlamentsnötigung) erfüllen. Zivilrechtlich wäre dies aber ohne Bedeutung, weil diese Vorschrift nur dem Schutze des Parlaments dient, daher der Rechtswidrigkeitszusammenhang fehlt und deshalb kein Gesetz zum Schutze des betroffenen Unternehmens i.S. des § 823 Abs. 2 BGB vorliegt. Der Hinweis, daß ein politischer Streik eine unzulässige Beeinflussung der staatlichen Willensbildung darstelle, weil die Abgeordneten nicht nur den Arbeitnehmern, sondern dem ganzen Volk verpflichtet seien (Art. 38 Abs. 1 GG)³⁾, stellt m.E. einen Rechtswidrigkeitszusammenhang zu dem geschädigten Unternehmer auch nicht her⁴⁾. Es erhebt sich

1) LG Duisburg NJW 1953, 268; LAG Freiburg NJW 1953, 1278; LAG Frankfurt BB 1953, 290, 291; LAG Düsseldorf RdA 1954, 117, 118; LAG München RdA 1953, 278

2) Nikisch, a. a. O., S. 130

3) Nikisch, a. a. O., S. 138; LG Duisburg NJW 1953, 268, 270

4) Art. 20, 38 Abs. 1 GG, §§ 105, 89 Abs. 1 Ziff. 2 StGB sind keine Schutzgesetze. So Hueck, Zeitungsstreikgutachten S. 37; Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten S. 32; LAG Düsseldorf RdA 1954, 118

die Frage, woraus eigentlich die allgemein angenommene Rechtswidrigkeit des politischen Streiks folge. Eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift existiert nicht. Die zitierten Entscheidungen beschränken sich auf die Feststellungen, daß ein Druck auf das Parlament rechtswidrig sei; die Erfüllbarkeit der Streikforderung durch den bestreikten Arbeitgeber sei das wesentliche Merkmal des Streiks; im Falle des Bundestags als Streikgegner sei diese Voraussetzung nicht gegeben¹⁾. Nipperdey hält den politischen Streik für nicht sozialadäquat, weil er sich nicht gegen den Sozialpartner wende, und folgert daraus die Rechtswidrigkeit dieses Streiks²⁾. Für Nikisch liegt der politische Streik, ebenfalls aus dem Grunde, weil er sich nicht gegen eine Partei des Arbeitslebens richte, jenseits der der Kampffreiheit immanenten Grenzen³⁾. Diese Grenzen ergeben sich seiner Anschauung nach aus der historischen Entwicklung des Arbeitskammerrechts, die von § 152 GewO ihren Ausgang genommen habe. Diese Vorschrift habe von den Vereinigungen "zum Behufe der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen" gesprochen. Diese Umschreibung der von einer Koalition zu verfolgenden Ziele sei in der Folgezeit, wenn auch nicht dem Wortlaute, so doch der Sache nach beibehalten worden (Art. 159 WV, Art. 9 Abs. 3 GG). Daraus sei zu schließen, daß auch die Kampfmaßnahmen der Koalitionen diese Ziele und keine anderen verfolgen müßten, wenn sie erlaubt sein sollten. Die Kampfmaßnahmen dürfen sich also danach nur gegen die Parteien des Arbeitslebens und nicht gegen staatliche Organe richten.

Eine Verbotsnorm könnte sich - ebenso wie für die Fälle des wilden Streiks - auch für den politischen Streik aus den §§ 49 Abs. 2 Satz 3 BetrVerfG, 55 Abs. 2 Satz 3 PersVertrG ergeben⁴⁾. Der

1) Vgl. insbesondere LAG Frankfurt BB 1953, 290, 291 und LAG Freiburg NJW 1953, 1278

2) Hueck-Nipperdey II, 6. Aufl., S. 643, 644 § 49 VII 1a, b

3) Nikisch II, 2. Aufl., S. 137 ff.

4) Siehe S. 188 Fn. 3

politische Arbeitskampf kann zwar durchaus von einer Gewerkschaft, also von einer tariffähigen Partei, geführt sein und insoweit die Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit nach den §§ 49 Abs. 2 Satz 3 BetrVerfG, 35 Abs. 2 Satz 3 PersVertrG erfüllen.

Der Ausdruck "tariffähiger Parteien" beinhaltet aber zwingend, daß der rechtmäßige Arbeitskampf von einer tariffähigen Partei gegen die andere tariffähige Partei, d. h. gegen den Sozialpartner geführt werden muß, also gegen den Arbeitgeber, gegen den auch der Abschluß eines Tarifvertrags wirken würde. Der Grund für diese gesetzliche Regelung liegt darin, daß einem anderen als dem zugeordneten Sozialpartner in der Regel die Möglichkeit fehlt, auf die Erfüllung der Arbeitskampfforderungen und damit auch auf die Beendigung der mit dem Kampf verbundenen wirtschaftlichen Schädigung Einfluß zu nehmen ¹⁾. Die §§ 49 Abs. 2 Satz 3 BetrVerfG, 55 Abs. 2 Satz 3 PersVertrG verbieten demnach einen Arbeitskampf in den Fällen, in denen der Gegner nicht die Möglichkeit hat, sich durch eine Erfüllung der Forderung dem auf ihn ausgeübten Druck zu entziehen. In einem sog. politischen Streik kann sich der Arbeitgeber nicht dem Druck entziehen, weil die Forderungen nur von den politischen Organen erfüllt werden können. Aus den §§ 49 Abs. 2 Satz 3 BetrVerfG, 55 Abs. 2 Satz 3 PersVertrG folgt also das Verbot des politischen Streiks. Dieses Verbot dient aus denselben Gründen dem Interesse des betroffenen Arbeitgebers wie das Verbot des wilden Streiks ²⁾. Die §§ 49 Abs. 2 Satz 3 BetrVerfG, 55 Abs. 2 Satz 3 PersVertrG sind daher als Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen, die den politischen Streik verbieten.

-
- 1) Reiner mann, Der Sympathiestreik als rechtswidriges Verhalten gegenüber dem betroffenen Arbeitgeber, Marburg Diss. 1964, S. 47; Nipperdey in Hueck-Nipperdey Bd. II, 6. Aufl., § 49 VII 1 b, S. 643 f.; Huber Bd. II, 2. Aufl., § 92 III 2 b, S. 407; Niese, S. 52 f.; Schippel, S. 99
- 2) Vgl. oben S. 189

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß eine Norm, die den Arbeitskampf der Arbeitnehmer im Grundsatz für rechtswidrig erklärt und lediglich bei Vorliegen des Rechtfertigungsgrundes der Sozialadäquanz als erlaubt ansieht, nicht bestehen kann. Der Arbeitskampf kann nur auf Grund solcher Verbotssätze untersagt sein, die durch Qualifikationen das Verbot auf besondere Arten des Arbeitskampfes einengen, und die auf dem Arbeitsmarkt bestehende Wettbewerbs- und Kampffreiheit nicht aufheben. Als Beispiele für solche qualifizierten Verbotsnormen, die in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB Rechtsschutz gewähren, sind die Verbote des politischen, des wilden und des tarifwidrigen (betreffend § 4 Abs. 3 TVG) Streiks zu nennen.

b) Der Boykott innerhalb und außerhalb des Wettbewerbs

Der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb ist zu entnehmen, daß der Boykott eines Unternehmens grundsätzlich als rechtswidrig angesehen wird, gleichgültig aus welchen Gründen er veranstaltet wird ¹⁾. Nur ausnahmsweise kann der Boykott eines Unternehmens nach dieser Rechtsprechung ²⁾ durch Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein. Der Leitsatz der Entscheidung BGHZ 24, 200 faßt dieses Ergebnis pointiert zusammen. Da nach der hier vertretenen Auffassung abgelehnt wird, daß der Boykott eines Gewerbebetriebs ein Recht am Gewerbebetrieb verletze, fragt es sich, ob Schutzgesetze i.S. des § 823 Abs. 2 BGB bestehen, aus denen sich ein grundsätzliches Verbot des Boykotts eines Unternehmens ergibt. Bei der Untersuchung dieser Frage sollen die Fälle der Boykottaufforderungen innerhalb und außerhalb des Wettbewerbs getrennt betrachtet werden.

1) BGHZ 24, 200; BGH GRUR 1965, 440 (Milchboykott)
2) BGHZ 3, 270, 280

aa) Boykottaufforderungen innerhalb des Wettbewerbs

In § 26 Abs. 1 GWB ¹⁾ wird die Aufforderung zum Boykott in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen, für rechtswidrig erklärt. Diese Vorschrift ist ein Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB ²⁾. Die Vorschrift ist nur in den Fällen anwendbar, in denen die drei an einem Boykott Beteiligten, nämlich Boykottierer, Adressat und Boykottierter Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen sind.

Während das Dekartellierungsrecht den Boykott innerhalb des Wettbewerbs für schlechthin rechtswidrig erklärte ³⁾, stellt § 26 Abs. 1 GWB mit dem Wort "unbillig" eine Art Generalklausel für die rechtliche Beurteilung des bestimmte Wettbewerber beeinträchtigenden Boykotts auf. Ein Umstand, der für die Unbilligkeit des Boykotts innerhalb des Wettbewerbs spricht, ergibt sich daraus, daß ein solcher Boykott in der Regel mit dem Leistungsprinzip im Wettbewerb nicht vereinbar ist. Deshalb verbietet das Dekartellierungsrecht den Boykott innerhalb des Wettbewerbs ⁴⁾.

Der Spielraum, den § 26 Abs. 1 GWB für Billigkeitserwägungen neuerdings wieder einräumt, verpflichtet jedoch, nicht nur den Schutz des Leistungsprinzips zu beachten, sondern alle Gesichtspunkte von Belang in Betracht zu ziehen. Auch hier ist der Wert der Meinungsfreiheit von Bedeutung. Denn die Boykottaufforderung stellt eine Meinungsäußerung dar ⁵⁾. Wie bereits zur Äußerung geschäftsschädigender herabsetzender Werturteile und zur Behauptung geschäftsschädigender wahrer Tatsachen dargelegt, ist nach Meinung des Bundesver-

1) Dafür, daß § 26 Abs. 1 GWB ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Boykottierer und Boykottiertem voraussetzt, Benisch in Müller-Henneberg-Schwartz, 1. Aufl., § 26 Anm. 8

2) Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., § 26 Anm. 16

3) BGH WuW 1955, 388, 389

4) BGH WuW 1955, 388, 389

5) Arndt NJW 1964, 23 f.; Helle NJW 1964, 1497 ff., 1500

fassungsgerichts der Meinungsfreiheit, soweit sie zur öffentlichen Meinungsbildung beiträgt, ein besonderes Privileg in unserer Rechtsordnung eingeräumt. Daraus folgt, daß eine Boykottaufforderung zu Wettbewerbszwecken z.B. dann nicht unbillig sein kann, wenn sie wesentlich ist für die Bildung der öffentlichen Meinung. Dabei ist allerdings zu beachten, daß die Privilegierung der Meinungsfreiheit nur soweit reichen kann, als die Boykottaufforderung ihrem Zwecke nach und als Mittel geeignet ist, zur öffentlichen Diskussion beizutragen.

Eine Boykottaufforderung ist daher immer daraufhin zu untersuchen, ob sie nach ihrem Zwecke und nach den bei ihrer Durchführung gebrauchten Mitteln einen Beitrag zur öffentlichen Diskussion zu leisten vermag. Kann z.B. eine Boykottaufforderung zu Wettbewerbszwecken nur das Ziel haben, den Konkurrenten zu behindern, ohne gleichzeitig einen Beitrag zur öffentlichen Diskussion zu bieten, dann wird er als unbillig angesehen werden müssen. Vermag die Boykottaufforderung innerhalb des Wettbewerbs dagegen ihrem Zwecke nach einen Beitrag zur öffentlichen Diskussion zu leisten, so hängt ihre Billigkeit davon ab, ob die bei ihrer Durchführung benutzten Mittel in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen. Eine Boykottaufforderung kann nur dann der öffentlichen Diskussion dienen, wenn sie sich - ebenso wie die Äußerung von Werturteilen - lediglich auf die Macht des Wortes und dessen Überzeugungskraft stützt. Die öffentliche Diskussion wird nicht gefördert, wenn Boykottaufforderungen mit anderen Mitteln als der Überzeugungskraft des Wortes erfolgen, z. B. unter Anwendung wirtschaftlichen Drucks¹⁾. Denn wirtschaftlicher Druck ist geeignet, den Gegner aus Furcht vor wirtschaftlichen Nachteilen zum Schweigen zu veranlassen und dadurch gerade seine Teilnahme an der öffentlichen Diskussion zu ver-

1) Vgl. Kübler, S. 14; a. A. BGH JZ 1964, 95 ff. = NJW 1964, 25 ff.

hindern.

Aus der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb wären folgende Fälle heute nach § 26 Abs. 1 GWB zu beurteilen:

RG 28, 238 ff.

Aufforderung des Börsenvereins deutscher Buchhändler an Lieferanten eines Buchhändlers, diesen Buchhändler nicht mehr zu beliefern. Der Börsenverein hatte eine wirtschaftliche Machtstellung inne.

OLG Stuttgart NJW 1955, 389

Aufforderung einer Handwerksinnung an ihre Mitglieder, die Zulieferer eines Versandhauses sind, mit diesem Versandhaus Verträge bestimmten Inhalts nicht abzuschließen.

RG MuW 1929, 378 = JW 1930, 1583 =
Seuff. Arch. 84, 30 Nr. 15

Aufforderung einer Krankenkasse an Apotheken, nicht das Medikament eines bestimmten pharmazeutischen Herstellers, sondern statt dessen ein anderes anzubieten, wobei die Krankenkasse gleichzeitig die Bezahlung für das beanstandete Medikament ablehnte. 1)

Es sei darauf hingewiesen, daß das Verbot des unbilligen Boykotts zu Zwecken des Wettbewerbs, dessen Beteiligte ausschließlich Unternehmen sind, nicht erst mit dem Inkrafttreten des GWB entstand. Vielmehr galt in gewissem Umfang für die Fälle früher schon das Verbot auf Grund des § 1 UWG, der heute mit § 26 Abs. 1 GWB in Anspruchskonkurrenz steht ²⁾. § 1 UWG ist ein Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB ³⁾. Im Rahmen der Generalklausel des § 1 UWG sind dieselben Überlegungen anzustellen wie sie zum Merkmal der Unbilligkeit i.S. des § 26 Abs. 1 GWB skizziert wurden. Ein gutes Beispiel für einen gegen § 1 UWG verstoßenden Boykott, der heute auch § 26 Abs. 1 GWB verletzen würde, bietet eine Entschei-

1) Vgl. Buchner, S. 206 ff.

2) Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., § 1 UWG Anm. 115

3) Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., Einl. UWG II Anm. 192;
RG JW 05, 174; BGHZ 15, 355; 41, 317

derung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1954¹⁾:

Der Vorstand einer Bäckerinnung forderte unter Androhung von Druckmitteln seine Mitglieder auf, nicht mehr als Lieferanten an einen ambulanten Bäcker zu liefern.

Eine Boykottaufforderung zu Zwecken des Wettbewerbs ist nicht nur denkbar, wenn alle drei Beteiligte Unternehmer sind, sondern auch dann, wenn die Adressaten keine Unternehmer, sondern Privatpersonen sind. Auch eine Boykottaufforderung an Privatpersonen kann ein Wettbewerber zum Schaden eines anderen vornehmen. Für diese Fälle, auf die § 26 Abs. 1 GWB nicht anwendbar ist, ergibt sich das Verbot des Boykotts zu Wettbewerbszwecken nach wie vor aus § 1 UWG²⁾. Aus der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb ordnet sich folgender Fall hier ein:

RG JW 1902, Beil. S. 277 Nr. 88
Auszug in RGZ 51, 66

Aufforderung eines Ärztevereins, jegliche berufliche oder gesellschaftliche Beziehung zu einem Arzt, der eine Privatklinik besaß, aufzugeben. Die Privatklinik wurde in der Entscheidung als Gewerbebetrieb angesehen. Die Aufforderung richtete sich u. a. an Patienten.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß ein striktes Verbot des Boykotts innerhalb des Wettbewerbs, wie es die Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb formuliert hat, nach den heute geltenden Vorschriften nicht besteht. Nur während der Geltung des Dekartellierungsrechts bestand ein solch striktes Verbot. Ob nicht ein grundsätzliches Verbot des Boykotts zu Wettbewerbszwecken den jetzt geltenden Vorschriften vorzuziehen wäre, ist eine rechtspolitische Frage.

1) BGH Betrieb 1954, 17

2) Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., § 1 UWG Anm. 110;
Spengler, Betrieb 1957, 1193, 1194

bb) Boykott außerhalb des Wettbewerbs

Die Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb hält grundsätzlich jede Art von Boykott eines Unternehmens ohne Rücksicht darauf, ob er zu Zwecken des Wettbewerbs veranstaltet werden soll oder nicht, für rechtswidrig ¹⁾.

Da einem Unternehmen an seinen Marktbeziehungen kein "sonstiges Recht" als ein Monopolrecht zustehen kann, ist wiederum zu prüfen, ob Schutzgesetze i.S. des § 823 Abs. 2 BGB bestehen, aus denen die Rechtswidrigkeit des Boykotts eines Unternehmens außerhalb des Wettbewerbs folgt. Eine Boykottaufforderung außerhalb des Wettbewerbs ergeht in der Regel im Zusammenhang mit Auseinandersetzungen in politischen, sozialen, ethischen und religiösen Lebensbereichen.

Eine Norm, die den Boykott eines Unternehmens zu solchen Zwecken außerhalb des Wettbewerbs grundsätzlich verbietet, ergibt sich weder aus Gesetzen und Verordnungen, noch aus dem Gewohnheitsrecht. Fehlt es an einer Norm, die als Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB angesehen werden könnte, so ist eine Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB in diesen Fällen nicht möglich. Soweit § 823 Abs. 2 BGB nicht eingreift, bleibt § 826 BGB für die Fälle des Boykotts außerhalb des Wettbewerbs als alleiniger Beurteilungsmaßstab.

Der Boykott außerhalb des Wettbewerbs ist danach verboten, wenn Umstände vorliegen, die den Boykott als Verstoß gegen die guten Sitten erscheinen lassen. Anders als innerhalb der Wettbewerbsordnung, wo das Leistungsprinzip gilt, besteht außerhalb des Wettbewerbs kein Prinzip, das dem Schutze des einzelnen Unternehmers dienen, dessen Aufrechterhaltung auch im öffentlichen Interesse liegen würde, und dessen Verletzung die Sittenwidrigkeit eines geschäftsschädigenden Verhaltens indizieren würde.

1) Vgl. BGHZ 24, 200; BGH GRUR 1956, 212, 213

Vielmehr kann sich außerhalb des Wettbewerbs die Sittenwidrigkeit eines Boykotts nur im Einzelfall aus dem Verhältnis der bei Durchführung des Boykotts eingesetzten Mittel zu dem mit ihnen erstrebten Zweck ergeben.

Bei Abwägung von Mittel und Zweck im Rahmen des § 826 BGB ist wiederum der Wert der Meinungsfreiheit zu beachten ¹⁾. Denn der Boykott als Aufforderung zu einer Sperre stellt eine Meinungsäußerung i.S. des Art. 5 GG dar ²⁾. Wenn auch die Boykottaufforderung außerhalb des Wettbewerbs als Meinungsäußerung privilegiert ist, so ist doch zu beachten, daß die Privilegierung nur soweit reichen kann, als er dem Zwecke und den Mitteln nach geeignet ist, zur öffentlichen Diskussion beizutragen.

Eine Boykottaufforderung, die sich nur des Wortes als Mittel der Überzeugungskraft bedient, wird in der Regel einen Beitrag zur öffentlichen Diskussion bilden ³⁾. Ob die Verwendung anderer Mittel der öffentlichen Diskussion dienlich ist, erscheint zweifelhaft. Wird z. B. wirtschaftlicher Druck angewendet, der die Teilnahme anderer Personen, insbesondere der Boykottgegner, an der öffentlichen Diskussion ausschließt, so wird dadurch die öffentliche Diskussion eher beeinträchtigt ⁴⁾. Ein solcher Boykott dürfte daher keine privilegierte Meinungsäußerung i.S. des Art. 5 GG darstellen ⁵⁾.

Von den Fällen der Rechtsprechung zum Recht am Gewerbebetrieb, in denen ein Boykott außerhalb des Wettbewerbs als rechtswidrig angesehen wurde, wären folgende allein nach § 826 BGB zu beurteilen gewesen:

1) BVerfGE 7, 198 ff.

2) Arndt NJW 1964, 23; Helle NJW 1964, 1500

3) Arndt NJW 1964, 23 f.; Biedenkopf JZ 1965, 553 ff., 555

4) Vgl. Text S. 195 f.

5) a. A. BGH JZ 64, 95 ff. = NJW 1964, 29 ff.

OLG Hamburg MDR 1952, 295

Aufforderung einer politischen Organisation, die in einem "Sonderinformationsdienst" abgedruckt und an Firmen versandt worden war, nicht in einer der KPD nahestehenden Zeitung zu inserieren. Die Aufforderung beruhte nachweislich auf politischen, nicht auf wettbewerblichen Erwägungen.

OLG Düsseldorf MDR 1953, 356

Allgemeine Aufforderung des Verfassers eines Artikels in der "Filmrundschau", ein Lichtspieltheater, das den Film "Erotik" zeigte, nicht zu besuchen. Die Aufforderung erfolgte nachweislich in ideeller, nicht in wettbewerblicher Absicht.

BGHZ 24, 200

Boykottaufforderung einer Illustrierten in Bezug auf ein Textil-einzelhandelsgeschäft, dessen Inhaberin sich angeblich verantwortungslos einem Spätheimkehrer gegenüber verhalten haben sollte. Auch hier waren keine Wettbewerbsabsichten im Spiel.

Es zeigt sich, daß sowohl innerhalb als auch außerhalb des Wettbewerbs von Gesetzes wegen kein grundsätzliches Boykottverbot besteht. Wenn demgegenüber der Bundesgerichtshof jeden Boykott für rechtswidrig erklärt und nur in Ausnahmefällen durch Wahrnehmung berechtigter Interessen als gerechtfertigt ansieht, so kann dieser Meinung nicht gefolgt werden.

XI. RECHTSBERÜHMUNGEN

Nachdem festgestellt werden konnte, daß auf die Fälle der Beeinträchtigung der Marktbeziehung eines Gewerbebetriebes § 823 Abs. 1 BGB nicht angewendet werden kann, soll untersucht werden, ob die Fälle der Berühmung gewerblicher Schutzrechte oder ähnlicher Rechte und einer darauf gestützten sog. "Verwarnung" eines anderen Gewerbetreibenden einen Eingriff in ein "sonstiges Recht" darstellen können. Es handelt sich bei dieser Fallgruppe entweder um ein unberechtigtes, auf die Berühmung eines gewerblichen Schutzrechts oder eines ähnlichen Rechts gestütztes und an den Inhaber eines Gewerbebetriebes gerichtetes, ernsthaftes und endgültiges Unterlassungsbegehren ¹⁾ oder um eine Verwarnung Dritten gegenüber, daß ein Hersteller angeblich ein Schutzrecht verletze. Ähnliche Rechte, auf die sich die Verwarnung und die Berühmung beziehen können, sind gewerbliche Kennzeichen wie Warenzeichen ²⁾, Ausstattungen ³⁾, Firmenbezeichnung ⁴⁾, und andere Namensrechte sowie Urheberrechte ⁵⁾. Dabei ist es möglich, daß die genannten Rechte nicht nur überhaupt nicht bestehen, sondern vielleicht bloß in dem vorgegebenen Umfange nicht bestehen.

1. Historischer Überblick

Der Entscheidung 'RGZ 58, 24 v. 24.2.1904, in der das Reichsgericht erstmalig seit Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als "sonstiges Recht" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB anerkannte, lag die Berühmung eines Gebrauchsmusterrechts zugrunde.

-
- 1) BGHZ 38, 200, 203; BGH GRUR 1966, 386;
BGH WRP 1968, 50, 53; BGHZ 13, 210
 - 2) RG MuW 1931, 398; BGHZ 28, 203, 206
 - 3) BGH WRP 1968, 50, 51 f.
 - 4) BGHZ 14, 286
 - 5) BGH GRUR 1959, 331 ff.; BGH GRUR 1963, 197, 200 f.
(wegen angeblich unlauteren Wettbewerbs)

Der Beklagte hatte auf Grund eines zu seinen Gunsten eingetragenen Gebrauchsmusters dem Kläger die Nachbildung des Musters untersagt. Das Reichsgericht kam zu dem Ergebnis, daß das eingetragene Muster nicht schutzfähig sei, was der Beklagte selbst hätte erkennen können. Es gab der Klage auf Schadensersatz wegen fahrlässiger Rechtsverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB statt. In der Begründung der Entscheidung heißt es:

Die Theorie, die als sonstiges Recht besondere Persönlichkeits- oder Individualrechte konstruieren wolle, sei als Grundlage für die Auslegung des Gesetzes nicht geeignet. Aber das Reichsgericht habe schon öfters ausgesprochen, daß Eingriffe in den Gewerbebetrieb Anlaß zur negatorischen Abwehr sein können. Als Beleg hierfür werden 6 Entscheidungen aufgeführt. Außerdem - so heißt es weiter - habe das Gericht schon einmal ausgesprochen, daß ein Eingriff in den Gewerbebetrieb eine Schadensersatzklage begründen könne.

Sämtliche vom Reichsgericht genannten Entscheidungen ergingen vor Inkrafttreten des BGB. Überprüft man diese Entscheidungen, so ergibt sich folgendes Bild:

1) RGZ 22, 93

Berührung eines Rechts an einem Warenzeichen, das zwar eingetragen, aber nicht schutzfähig war. Der Klage auf Feststellung, daß die Beklagte nicht berechtigt sei, der Klägerin den Gebrauch einer in dem Warenzeichen der Beklagten geführten Bezeichnung zu untersagen, wurde stattgegeben.

2) RG Bolze 8 Nr. 147

Behauptung einer Patentrechtsverletzung, obwohl der Umfang des Rechtsschutzes des bestehenden Patents nicht soweit reichte. Der Klage auf Feststellung, daß das Verhalten des Klägers das Patentrecht nicht verletze, wurde stattgegeben.

3) RG Bolze 9 Nr. 110

Gebrauch eines für einen anderen im geschäftlichen Verkehr geschützten Namens (Faber). Der Klage auf Unterlassung wurde stattgegeben.

4) RG Bolze 11 Nr. 112

Berühmung eines Gebrauchsmusterrechts, das zwar eingetragen, aber nicht schutzfähig war. Der Klage auf Feststellung, daß der Beklagte nicht berechtigt sei, dem Kläger die Nachbildung und Vertreibung der vom Beklagten zum Musterregister angemeldeten Produkte zu untersagen, wurde stattgegeben.

5) RG JW 1899, 749

Behauptung einer Patentrechtsverletzung, obwohl der Umfang des Rechtsschutzes des bestehenden Patents nicht so weit reichte. Der Klage auf Unterlassung wurde stattgegeben.

6) RGZ 45, 59

Berühmung eines Gebrauchsmusterrechts, das zwar eingetragen, aber nicht schutzfähig war. Der Klage auf Unterlassung wurde stattgegeben.

7) RGZ 28, 238

Boykottaufforderung des Börsenvereins deutscher Buchhändler an Zulieferer eines Mitglieds des Vereins. Der Klage auf Schadensersatz wurde stattgegeben.

Aus dieser Aufstellung ist zu ersehen, daß das Reichsgericht in den ersten der oben angeführten Fälle der Berühmung eines gewerblichen Schutzrechts lediglich eine Feststellungsklage als begründet erachtete. In den folgenden, zeitlich späterliegenden Fällen der Rechtsberühmung sah das Gericht nach einigem Schwanken nicht bloß eine Feststellungsklage, sondern eine Unterlassungsklage als begründet an.

Daß in den Fällen der Rechtsberühmung dem Verletzten die negative Feststellungsklage offensteht, ist auch heute geltendes Recht ¹⁾. Aus welchen Gründen das Reichsgericht später dazu übergang, bei diesem Sachverhalt auch die Unterlassungsklage als begründet anzusehen, ist aus den Entscheidungen nicht zu entnehmen.

Ebensowenig ist der Übergang zum Schadensersatzanspruch zu verstehen. Niemals zuvor wurden Schadensersatzansprüche wegen einer

1) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 19. Aufl., § 256 Anm. III 1;
Ohl GRUR 1966, 172 ff.

Rechtsberühmung gewährt. Der Entscheidung des Reichsgerichts, in der wegen Eingriffs in den Gewerbebetrieb auch ein Schadensersatzanspruch zugestanden wurde (RGZ 28, 238 ff.), liegt ein ganz anderer Sachverhalt als eine Rechtsberühmung zugrunde, nämlich eine Boykottaufforderung.

Die genannten Entscheidungen waren also nicht geeignet, die vom Reichsgericht in RGZ 58, 24 ff. geäußerte Meinung zu untermauern, daß im Falle einer Rechtsberühmung dem Geschädigten ein Schadensersatzanspruch zustehe. Die Zubilligung dieses Anspruchs geschah in RGZ 58, 24 vielmehr zum ersten Mal.

2.) Untersuchung der Anwendungsmöglichkeiten der §§ 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB und anderer Vorschriften

Die Berühmung eines gewerblichen Schutzrechts kann auf zwei verschiedene Arten erfolgen

- a. einmal gegenüber Dritten
- b. zum anderen gegenüber Demjenigen, der die Rechtsverletzung begangen haben soll.

a.) Rechtsberühmungen gegenüber Dritten

Die Äußerung der ersten Art - Dritten gegenüber - nimmt auf die Entscheidung der Kundschaft und damit auf die Absatzmarktbeziehung und möglicherweise auch auf andere Marktbeziehungen des Gewerbebetriebs Einfluß. Die Rechtsberühmung Dritten gegenüber ist also vom Rechtsgericht als eine verwerfliche Qualifikation der Einflußnahme auf die Marktbeziehungen eines Unternehmens angesehen worden.

Die Subsumtion unter § 823 Abs. 1 BGB wäre nur korrekt, wenn ein Verhalten vorliegen würde, das Gegenstand eines Herrschaftsrechts sein könnte. Da aber, wie bereits dargelegt wurde ¹⁾, an den Marktbeziehungen eines Unternehmens ein Herrschaftsrecht nicht bestehen kann, erweist sich schon der Ausgangspunkt der ganzen Rechtsprechung zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

1) Siehe oben S. 165

als falsch.

Ist § 823 Abs. 1 BGB nicht anwendbar auf die Fälle der Rechtsberühmung gegenüber Dritten, so ist zu prüfen, ob eine andere Norm des Rechts der unerlaubten Handlung besteht, die einen Schadensersatzanspruch wegen rechtswidriger Rechtsberühmung gewährt. In Rechtsprechung und rechtswissenschaftlicher Literatur werden die Fälle der Rechtsberühmung mit den Fällen der Behauptung falscher Tatsachen und der Äußerung von Werturteilen in Zusammenhang gebracht. Noch heute besteht die Streitfrage, ob die Erklärung, daß man ein gewerbliches Schutzrecht besitze und auf Grund dessen einem anderen, der angeblich diese Schutzrechte verletzt, die Verletzung untersagen könne, die Behauptung einer Tatsache oder die Äußerung eines Werturteils darstellt. Von der Beantwortung dieser Frage hängt die Entscheidung darüber ab, ob in den Fällen der Rechtsberühmung der § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 186 StGB oder § 824 BGB anwendbar ist ¹⁾.

Reimer ²⁾, Rosenthal ³⁾, Ulmer ⁴⁾, Baumbach-Hefermehl ⁵⁾ sind der Ansicht, daß es sich bei diesen Rechtsberühmungen um Tatsachenbehauptungen handelt, während Callmann ⁶⁾ darin ein Werturteil sieht. In der Mehrzahl seiner Entscheidungen stellte sich das Reichsgericht ebenfalls auf den Standpunkt, daß in der Rechtsberühmung ein Wert-

1) u. U. auch § 14 UWG

2) Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 2. Aufl., 89. Kap. Anm. 8 a, 3. Aufl., 1954, 97. Kap. Anm. 9, S. 724

3) Rosenthal, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 9. Aufl., 1969, § 14 Anm. 16

4) Ulmer-Reimer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft Bd. III (Deutschland), 1968, S. 348 Fn. 392

5) Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht Bd. I, 9. Aufl., § 14 Anm. 9

6) Callmann, 2. Aufl., 1932, § 14 Anm. 15;

urteil liege ¹⁾. In diesem Sinne führt das Reichsgericht u. a. aus ²⁾: "Ein unter Vorführung der tatsächlichen Grundlagen erhobener Vorwurf der Patentverletzung gliedert sich logisch in die Angabe des Patents, die Angabe der Handlungen, die der Gegner begangen haben soll und das Urteil, daß diese Handlungen in das Patent eingreifen. Dies Letztere ist ein reines, auf der Würdigung der vorausgegangenen Angaben beruhendes Urteil" ³⁾.

In einer anderen Entscheidung heißt es ⁴⁾:

"Eine rein urteilende Tätigkeit ist die Ermittlung des Gegenstandes der Erfindung und die Abgrenzung des Schutzbereichs des Patents".

Die zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts gehen bei der Unterscheidung von Tatsachenbehauptung und Werturteil ersichtlich von dem im Recht wichtigen Unterschied zwischen Tatfrage und Rechtsfrage aus: Die rechtliche Würdigung eines Sachverhalts (Verhaltens), beispielsweise als Patentverletzung, wird als Werturteil angesehen, die Behauptung von Tatsachen als eine Beschreibung des Sachverhalts.

Es fragt sich, ob diese Unterscheidung richtig ist. Das Kriterium für die Abgrenzung der Tatsachenbehauptung vom Werturteil kann nur aus dem Zweck der unterschiedlichen rechtlichen Regelung abgeleitet werden. In den §§ 824 BGB, 186 StGB in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB, § 14 UWG befassen sich eine Reihe von Vorschriften mit der Rechtswidrigkeit bestimmter qualifizierter unwahrer bzw. nicht erweislich wahrer Tatsachenbehauptungen. Werturteile werden allein in § 185 StGB angesprochen, der lediglich solche Werturteile

1) RGZ 88, 437; RG JW 1929, 1224 m. w. Nachweisen.
In MuW 1922, 75 unter Ablehnung der gegenteiligen Ansicht Rosenthals in GRUR 1938, 891; In RG GRUR 1943, 252 äußert der 2. Senat Zweifel an der Richtigkeit der Ansicht des RG.

2) RGZ 88, 438, 439

3) RGZ 88, 438, 439

4) RG JW 1929, 1224 f.

verbietet, die die Kundgebung der Nichtachtung oder Mißachtung¹⁾ zum Inhalt haben. Im übrigen sind Werturteile zulässig²⁾.

Das Gesetz regelt also die Behauptung von Tatsachen eingehender und sorgfältiger als die Äußerung von Werturteilen.

Wenn der Gesetzgeber eine eingehendere Regelung der Tatsachenbehauptung für nötig hielt, so sah er in den von ihm angesprochenen Arten und Weisen der Tatsachenbehauptungen eine größere Gefährdung des Betroffenen als in der Äußerung von Werturteilen. Die größere Gefährdung des Betroffenen durch die unwahre oder nicht erweislich wahre Behauptung von Tatsachen ist darin zu sehen, daß die Behauptung einer Tatsache ein Faktum als gegeben hinstellt, das für sich spricht und den Eindruck erweckt, einer Diskussion nicht zugänglich zu sein, weil es für jedermann dieselbe Aussagekraft habe, also objektiviert sei. Demgegenüber ist die Wirkung der Äußerung eines Werturteils deshalb schwächer, weil das Werturteil erkennbar die Äußerung der subjektiven Meinung einer oder mehrerer Personen darstellt und damit von vornherein offenläßt, daß andere Personen zu derselben Frage eine andere Meinung haben können.

Wenn der Unterschied zwischen Werturteil und Tatsachenbehauptung in dem Anspruch auf Objektivität der Tatsachenbehauptung liegt, so bildet die Nachprüfbarkeit³⁾ oder Beweisbarkeit⁴⁾ einer Äußerung das Kriterium für ihre Einordnung als Tatsachenbehauptung.

Unter dieser Voraussetzung ist die Berührung eines Rechts Dritten gegenüber als Tatsachenbehauptung anzusehen. Denn das Gegebensein des Rechts, dessen sich jemand berührt, und seine Verletzung sind

1) Dreher-Maassen, 2. Aufl., § 185 Anm. 4

2) BGHZ 24, 200, 209; 31, 308, 316; 45, 296, 305

3) RGR Komm., 11. Aufl., § 824 Anm. 8; Soergel-Siebert-Zeumer, 9. Aufl., § 824 Anm. 4; Leipziger Kommentar zum StGB, 1951, § 185 Anm. 1; Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., § 14 Anm. 4

4) v. Gamm, Persönlichkeits- und Ehrverletzungen durch Massenmedien, 1969, S. 20; BGHZ 3, 270, 273

beweisbar und gerichtlich nachprüfbar. Auf die Fälle der Rechtsberühmung, die einem Dritten gegenüber geäußert werden, können daher die Vorschriften über die unwahre oder nicht erweislich wahre Behauptung von Tatsachen Anwendung finden ¹⁾. Obwohl § 823 Abs. 1 BGB nach der hier vertretenen Auffassung keine Anwendung finden kann, zeigt es sich also, daß dennoch die Ergebnisse der Rechtsprechung in diesen Fällen aufgrund der Möglichkeit der Anwendung der §§ 824 BGB, § 186 StGB i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB, § 14 UWG gerechtfertigt sein können.

b.) Rechtsberühmungen gegenüber demjenigen, der die Rechtsverletzung begangen haben soll

In der Rechtsprechung zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sind aber auch die Fälle der Rechtsberühmung als rechtswidrig angesehen worden, die demjenigen gegenüber geäußert werden, der die Rechtsverletzung angeblich begangen haben soll. Die Vorschriften der §§ 824 BGB, 186 StGB in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB, 14 UWG können auf diese Fallgruppe keine Anwendung finden, da nach diesen Vorschriften die Äußerung einem Dritten gegenüber vorgenommen worden sein muß. Es ist wiederum zu fragen, ob auf diese Verhaltensweise § 823 Abs. 1 BGB Anwendung finden kann. Voraussetzung für eine Anwendung dieser Vorschrift wäre, daß ein gewährender Rechtssatz (Sachbefugnis) bestehen würde, der dem Berechtigten das Verhalten des Verletzers vorbehalten würde. Es ist jedoch keine Norm ersichtlich, die ein Recht gewähren würde, das dadurch verletzt würde, daß sich jemand eines Rechts berührt und auf Grund dessen den Betroffenen verwarnt. Eine solche gewährende Norm ist nicht einmal sinnvoll vorstellbar. Die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB scheidet damit aus.

1) Reimer, 2. Aufl., 89. Kap. Anm. 8 a; 3. Aufl., 1954, 97. Kap. Anm. 9, S. 724; Rosenthal, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 9. Aufl., 1969, § 823 Anm. 16; Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht Bd. I, 9. Aufl., § 14 Anm. 9

Daß eine solche gewährende Norm nicht ersichtlich ist, wird von dem Bundesgerichtshof in einer neueren Entscheidung ¹⁾ zugegeben. Der BGH führt darin aus, daß die Schutzrechtsverwarnung des nur vermeintlich Berechtigten einen Fall des unberechtigten Leistungsbegehrens darstelle. In der Regel könne in solchen Fällen neben dem Bereicherungsanspruch nur Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB, 826 BGB gefordert werden, wobei das Gericht offenläßt, welches Schutzgesetz hier einschlägig wäre und welche Umstände in solchen Fällen die Sittenwidrigkeit gemäß § 826 BGB begründen würden. Das Gericht sieht zwar im Falle der Schutzrechtsverwarnung ein Leistungsbegehren, das mit ganz besonderen Umständen verbunden sei. Diese besonderen Umstände erfüllen nach seiner Ansicht anscheinend aber nicht das Merkmal der Sittenwidrigkeit - die Frage wird überhaupt nicht untersucht - sondern rechtfertigen angeblich die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB.

Die besonderen Umstände sieht der Bundesgerichtshof in den einschneidenden Wirkungen, die ein solches Unterlassungsbegehren für den Inhaber eines Gewerbebetriebes in aller Regel zuzufolge haben. Diese Wirkungen gingen über die Folgen, denen der zu Unrecht als Schuldner in Anspruch Genommene im allgemeinen ausgesetzt sei, wesentlich hinaus. Die Schutzrechtsverwarnung stelle den Verwarnten insbesondere vor die Frage, ob er Herstellung oder Vertrieb des umstrittenen Erzeugnisses fortsetzen soll. Dabei stoße die Beurteilung der rechtlichen Lage fast immer auf beträchtliche Schwierigkeiten. Andererseits hafte der Verwarnte, wenn er seinen Betrieb ungeachtet der Verwarnung fortsetze, nach einem durch die Besonderheit des Verhaltens gebotenen, in der Rechtsprechung von jeher angelegten scharfen Verschuldensmaßstabes. Dies stelle den Verwarnten in verschärfter Weise als sonst einen zu Unrecht in Anspruch Genommenen vor die Frage, ob er dem Unterlassungsbegehren Folge

1) BGHZ 38, 200, 203

leisten solle oder nicht. Die Verwarnung zwingt den Verwarnten zu einem weitreichenden, die Fortsetzung des Betriebes betreffenden Entschluß. Den schutzwürdigen Interessen des zu Unrecht Verwarnten können deshalb in diesen Fällen durch eine bloße Bereicherungshaftung und durch eine Haftung nach den §§ 823 Abs. 2, 826 BGB nicht hinreichend Rechnung getragen werden. Deshalb müsse an der Rechtsprechung festgehalten werden, die in diesen Fällen § 823 Abs. 1 BGB anwende.

Die Schlußfolgerung von dem dargelegten Interessengegensatz auf die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB in dieser Fallgruppe wird nicht weiter begründet und ist, wie bereits schon ausgeführt ¹⁾, nicht haltbar.

Ist § 823 Abs. 1 BGB in diesen Fällen nicht anwendbar, ist wiederum zu fragen, ob eine andere Norm besteht, die Rechtsberühmungen und Verwarnungen demjenigen gegenüber, der die Rechtsverletzung angeblich begangen haben soll, für rechtswidrig erklärt.

Im Schrifttum ist zum Teil der Vorschlag gemacht worden, unrechtmäßige Schutzrechtsverwarnungen ausschließlich nach § 1 UWG zu beurteilen ²⁾. Das mag bei besonderen Fallgestaltungen möglich sein. Beispielsweise wäre es denkbar, daß eine bewußt unwahre Verwarnung, eine Verwarnung blindlings ohne fundierte Prüfung der Schutzrechtslage oder eine Verwarnung verbunden mit unrichtigen Angaben das Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit erfüllen könnten.

Im Regelfalle werden aber solche Verwarnungen und Rechtsberühmungen in gutem Glauben geäußert. Unter diesen Umständen kann man eine Verwarnung und Berühmung nicht als sittenwidrig bezeichnen, will man nicht den Begriff der guten Sitten im Wettbewerbsrecht uferlos ausdehnen ³⁾.

1) Siehe oben S. 208 f.

2) Kunze WRP 1965, 7-12; Rogge WRP 1965, 40-44

3) Ulmer-Reimer, Bd. III (Deutschland), 1968, S. 348, 349

In dem geltenden geschriebenen Recht läßt sich eine Norm, die Verwarnungen und Rechtsberühmungen generell, ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls, verbietet, nicht nachweisen. Es muß jedoch angenommen werden, daß eine solche Norm gewohnheitsrechtlich entstanden ist. Die Annahme eines Verbots der Verwarnung und Berühmung gewerblicher Schutzrechte ist der älteste und kontinuierlich durchgeführte Teil der Rechtsprechung zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Nach einer mehr als sechzig Jahre alten ständigen Rechtsprechung der obersten Zivilgerichte kann man von einer gerichtlichen Übung als der ersten Voraussetzung für die Annahme eines Gewohnheitsrechts sprechen. Hinzukommen muß ferner der allgemeine Geltungswille ¹⁾, daß diese Übung als Norm gelten soll, d. h. daß aus dieser gleichförmigen Gerichtspraxis eine verbindliche Norm für die betroffenen Rechtsunterworfenen entnommen wird ²⁾. Daß die Rechtsunterworfenen von dieser Gerichtspraxis als verbindlicher Norm ausgehen, ergibt sich daraus, daß man sich in den einschlägigen Konfliktsfällen auf diese Rechtsprechung immer wieder als verbindliche Norm für das Erlaubtsein oder Verboten sein einer Rechtsberühmung bezieht.

Anhand der einschlägigen Entscheidungen läßt sich die gewohnheitsrechtliche Norm wie folgt formulieren:

Verwarnungen, mit denen unter Berühmung eines nicht vorhandenen oder nicht in dem angegebenen Umfang vorhandenen gewerblichen Schutzrechts, Urheberrechts, Namensrechts oder eines ähnlichen Rechts die Verwertung eines entsprechenden Rechts einem Gewerbetreibenden ernsthaft untersagt werden, sind verboten.

Diese Norm ist eine Verbotsnorm des Gewohnheitsrechts und als solche gem. Art. 2 EGBGB auch ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB, weil diese Norm insbesondere zum Schutze des einzelnen Gewerbetreibenden wirken soll.

1) Lehmann-Hübner, 16. Aufl., § 3 III 1 S. 21; Vgl. Buchner, S. 31 f.

2) Lehmann-Hübner, a. a. O.

XII. ZUSAMMENFASSUNG

Die Voraussetzungen eines "sonstigen Rechts" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB liegen innerhalb der Interessensphäre des Gewerbebetriebs, wie sie von der Rechtsprechung zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb umschrieben wurde, nur insoweit vor, als Besitzrechte, Konzessionsrechte, die ein von der Privatrechtsordnung anerkanntes Monopol gewähren, der Anliegergemeingebrauch¹⁾, Warenzeichen mit überragender Verkehrsgeltung und in bestimmten Fällen die unternehmerische Dispositionsbefugnis beeinträchtigt werden.

Natürlich findet § 823 Abs. 1 BGB auch in den Fällen Anwendung, in denen das Eigentum eines Gewerbebetriebs, ein Patent oder ein sonstiges zu einem Gewerbebetrieb gehörendes Herrschaftsrecht verletzt worden ist. "Recht" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB ist dabei aber immer nur das einzelne Herrschaftsrecht wie Patent, Gebrauchsmuster etc., nicht ein Recht am Gewerbebetrieb.

Der Schutz der übrigen, mit dem Gewerbebetrieb verbundenen Interessen, deren Verletzung die Rechtsprechung als rechtswidrig ansieht, nämlich Verschontbleiben von Verwarnungen und Rechtsberühmungen, die Marktbeziehungen, die Preisbindungssysteme und die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, ist nicht mit Hilfe des § 823 Abs. 1 BGB, sondern nur mittels § 823 Abs. 2 BGB denkbar, soweit nicht andere Vorschriften des Rechts der unerlaubten Handlungen eingreifen, z.B. die §§ 824, 826 BGB.

Es zeigte sich, daß die Rechtsprechung zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb den Rechtsschutz auf dem Gebiet der Rechtsberühmungen erweitert hat, indem sie ein neues gewohnheitsrechtliches Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB schuf. Im übrigen lassen sich die Ergebnisse der Rechtsprechung zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch bestehende Normen des geschriebenen Rechts rechtfertigen, denen die Funktion von Schutzgesetzen

1) In der Verletzung des Anliegergemeingebrauchs wurde eine Eigentumsverletzung i.S. d. § 823 Abs. 1 BGB gesehen. Vgl. Text oben S. 138

i.S. des § 823 Abs. 2 BGB zukommt.

Faßt man die Normen, deren Anwendung auf die von der Rechtsprechung zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb behandelten Verhaltensweisen in Frage kommt, zusammen, so erhält man folgende Aufstellung:

1. Die Äußerungen herabsetzender, geschäftsschädigender Werturteile:

innerhalb des Wettbewerbs: § 1 UWG

außerhalb des Wettbewerbs: § 826 BGB

2. Die Rechtsberühmungen:

Folgende gewohnheitsrechtliche Norm:

i. Verb. mit § 823 Abs. 2 BGB:

Verwarnungen, mit denen unter Berühmung eines nicht vorhandenen oder nicht in dem angegebenen Umfang vorhandenen gewerblichen Schutzrechts, Urheberrechts, Namensrechts oder eines ähnlichen Rechts die Verwertung eines entsprechenden Rechts einem Gewerbetreibenden ernsthaft untersagt werden, sind verboten.

3. Die Behauptung unwahrer oder nicht erweislich wahrer Tatsachen:

innerhalb des Wettbewerbs: § 14 UWG

außerhalb des Wettbewerbs: § 186 StGB i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB, § 824 BGB.

4. Die Behauptung wahrer Tatsachen:

innerhalb des Wettbewerbs: § 1 UWG

außerhalb des Wettbewerbs: § 826 BGB

5. Der Boykott eines Unternehmens:

innerhalb des Wettbewerbs: § 26 Abs. 1 GWB,
§ 1 UWG

außerhalb des Wettbewerbs: § 826 BGB

6. Der Streik:

a) Der tarifwidrige Streik ist verboten (Verstoß gegen Sinn und Zweck des § 4 Abs. 3 TVG).

- b) Der politische Streik ist verboten
(Verbot auf Grund der §§ 49 Abs. 2 S. 3 BetrVerfG
und 55 Abs. 2 S. 3 PersVertrG).
- c) Der wilde Streik ist verboten
(Verbot auf Grund der §§ 49 Abs. 2 S. 3 BetrVerfG
und 55 Abs. 2 S. 3 PersVertrG).

7. Gewaltanwendung:

innerhalb des Wettbewerbs: § 1 UWG

außerhalb des Wettbewerbs: § 240 StGB; i. V. m.
§ 823 Abs. 2 BGB

8. Unternehmensgeheimnisse: §§ 17, 18 UWG

9. Preisbindungssysteme: § 1 UWG

Diese Normen stehen unter dem Vorbehalt der Wahrnehmung berechtigter Interessen in analoger Anwendung des § 193 StGB auf das Recht der unerlaubten Handlungen. Das Erfordernis des Verschuldens zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs ergibt sich aus § 823 Abs. 2 S. 2 BGB.

ERGEBNIS

Die kritische Betrachtung des "Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung führt zu folgenden Ergebnissen:

"Sonstige Rechte" i. S. des § 823 Abs. 1 BGB setzen eine gewährende Rechtsnorm und entsprechende Abwehransprüche voraus. Hinsichtlich der Verfügungsbefugnis über ein solches Recht bestehen Abwehransprüche nur in beschränktem Umfange. Die gewährende Rechtsnorm behält dem Berechtigten bestimmte Verhaltensweisen vor, von denen jeder Dritte damit logischerweise ausgeschlossen sein soll.

In der geltenden Rechtsordnung besteht keine Norm, die ein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gewähren würde.

Die Rechtsprechung hat folgende Verhaltensweisen als Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb angesehen:

1. Beeinträchtigung des Rechts zum Besitz,
2. Beeinträchtigung von Konzessionsrechten,
3. Beeinträchtigung des Anliegergemeingebrauchs,
4. Beeinträchtigung von Warenzeichen mit übertragender Verkehrsgeltung,
5. Beeinträchtigung der unternehmerischen Dispositionsbefugnis,
6. Beeinträchtigung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen,
7. Beeinträchtigung von Preisbindungssystemen,
8. Beeinträchtigung der Marktbeziehungen, d. h. der Beziehungen zu Kunden, Lieferanten, Kreditgebern und Arbeitnehmern durch
 - a) Anwendung von Gewalt,
 - b) Behauptung geschäftsschädigender unwahrer Tatsachen,
 - c) Behauptung geschäftsschädigender wahrer Tatsachen,
 - d) Äußerung geschäftsschädigender herabsetzender Werturteile,
 - e) Boykott- und Streikaufrufen,

9. Berühmungen gewerblicher Schutzrechte, Urheberrechte und geschützter Namensrechte.

Von diesen Verhaltensweisen erfüllen nur einige die Voraussetzungen der Verletzung eines "sonstigen Rechts" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB. Zu diesen Verhaltensweisen gehören die Verletzung von Rechten zum Besitz, Konzessionsrechten, des Anliegergemeingebrauchs¹⁾, des Warenzeichens mit überragender Verkehrsgeltung und in bestimmten Fällen der unternehmerischen Dispositionsbefugnis.

Die übrigen Verhaltensweisen, die nach Ansicht der Rechtsprechung das Recht am Gewerbebetrieb verletzen, stellen keinen Verstoß gegen § 823 Abs. 1 BGB dar, sondern nur eine Verletzung von § 823 Abs. 2 BGB i. Verb. mit einschlägigen Schutzgesetzen, von § 826 BGB und von § 824 BGB.

Die Schutzgesetze zugunsten der Unternehmensgeheimnisse und der Preisbindungssysteme ergeben sich aus dem UWG. Die Schutzgesetze zugunsten der Marktbeziehungen ergeben sich, soweit die Beeinträchtigung zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgt, ebenfalls aus dem UWG und außerdem aus dem GWG. Soweit die Marktbeziehungen außerhalb des Wettbewerbs beeinträchtigt werden, bieten sich die §§ 240, 186 StGB in Verb. mit § 823 Abs. 2 BGB, § 824 und § 826 BGB als einschlägige Verbotsnormen an.

Hinsichtlich der Rechtsberühmungen ergibt sich das maßgebliche Schutzgesetz nicht ausdrücklich aus dem Gesetzestext. Die Rechtsberühmungen sind die einzigen Tatbestände in der Rechtsprechung zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, in denen nicht auf den Wortlaut des geschriebenen Rechts zurückgegriffen werden kann. Die notwendige Verbotsnorm folgt jedoch aus dem Gewohnheitsrecht.

Rechtsprechung und Schrifttum zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb stimmen - unabhängig davon, ob im einzelnen dieses Recht anerkannt wird oder nicht - darin überein, daß zur Bestimmung der materiellen Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung eines

1) Vgl. Text oben S. 212 Anm. 1

Gewerbebetriebes die Tatbestandsmäßigkeit einerseits und die Rechtfertigungsgründe andererseits nicht genügen. Es müsse vielmehr noch ein Drittes hinzukommen, nämlich eine gesonderte Bestimmung der materiellen Rechtswidrigkeit ¹⁾. Die Herausarbeitung der Normen, die ein "sonstiges Recht" i.S. des § 823 Abs. 1 BGB gewähren und der auf S. 212 ff. genannten Verbotsnormen dient dieser Bestimmung der materiellen Rechtswidrigkeit für die verschiedenen Arten der Beeinträchtigung gewerblicher Interessen.

Damit erweist sich auch der Hinweis von Reinhardt ²⁾, Gieseke ³⁾ und Deutsch ⁴⁾ als richtig, daß nicht alle möglichen Fälle der rechtswidrigen Beeinträchtigung eines Gewerbebetriebs unter § 823 Abs. 1 BGB zu fallen brauchen, sondern nur einige, während andere Fälle die Tatbestände anderer Vorschriften des Rechts der unerlaubten Handlungen erfüllen könnten.

Die gesonderte Betrachtung aller einzelnen mit einem Unternehmen verbundenen Interessen ist erforderlich, um auf klare und eindeutige Verhaltensnormen hinweisen zu können, die die Grenzen zwischen erlaubten und unerlaubten Beeinträchtigungen eines Gewerbebetriebs festlegen. Nur dadurch kann die auf diesem Gebiete bestehende Rechtsunsicherheit beseitigt werden. Diese Betrachtungsweise entspricht auch der unbestrittenen Auffassung, daß Verfügungsgeschäfte zur Übertragung eines Unternehmens als Ganzes im Rechtsverkehr nicht möglich sind, sondern nur Verfügungsgeschäfte über die einzelnen Gegenstände, aus denen sich das Unternehmen zusammensetzt. Die Annahme eines Rechts am Unternehmen im Ganzen bringt nur unüberwindbare Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich, wie die Rechtsprechung zum eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zur Genüge beweist.

1) Vgl. oben S. 43 , 44

2) Vgl. oben S. 45 ; Reinhardt, Versicherungsrecht, Beiheft "Karlsruher Forum" 1961, 88 ff.

3) Gieseke GRUR 1950, 298, 310

4) Deutsch JZ 1963, 385 ff.

Für die Förderung, die er meiner Arbeit angedeihen
ließ, insbesondere für seine Anregungen und seine
wohlmeinende Kritik, möchte ich Herrn Professor
Dr. Rudolf Reinhardt, Marburg,
meinen herzlichen Dank aussprechen.

Klaus Ringel

Lebenslauf

Am 24. Juni 1937 wurde ich als jüngster von drei Söhnen des Diplomkaufmanns Freddy Ringel und seiner Ehefrau Margarete geb. Brinckmann geboren.

Vom Jahre 1943 bis zum Jahre 1947 besuchte ich die Volksschule in Giessen und ab Herbst 1947 die Herderschule, Gymnasium für Jungen, ebenfalls in Giessen. Im Frühjahr 1957 bestand ich die Reifeprüfung.

Vom Sommer 1957 bis zum Sommer 1961 studierte ich in München, Lausanne und Marburg Rechts- und Wirtschaftswissenschaften. Am 3. August 1961 bestand ich die Erste Juristische Staatsprüfung beim Juristischen Prüfungsamt in Frankfurt/Main. Am 4. Dezember 1961 wurde ich zum Gerichtsreferendaren in Hessen ernannt. Ich unterbrach diese Tätigkeit im Sommer 1964, um für die Dauer eines Jahres mittels eines Stipendiums an der University of Southern California in Los Angeles, California, USA, amerikanisches Kartell- und Monopolrecht zu studieren. Am 13. Dezember 1966 bestand ich die Große Juristische Staatsprüfung vor dem Juristischen Prüfungsamt in Hessen und habe mich am 9. Februar 1967 in Giessen/Lahn als Rechtsanwalt niedergelassen.

Chemoprint-Druck 63 Gießen Frankfurter Str. 129 Ruf (0641) 75712